

WYROK

z dnia 22 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2021 r. przez wykonawcę Gremedig sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

przy udziale wykonawcy Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Vanmed W. M., W. S. sp. j. z siedzibą w Oświęcimiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3196/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony: zarzut nr 1 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), oraz uznając za nieuzasadniony zarzut nr 2 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.),

2. Nakazuje Zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

3. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach i wykonawcę Gremedig sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Gremedig sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach na rzecz wykonawcy Gremedig sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3.3. znosi koszty wynagrodzenia pełnomocników Zamawiającego i Odwołującego, a także koszty dojazdu tychże pełnomocników na rozprawę oraz koszty noclegu, wzajemnie pomiędzy Samodzielnym Publicznym Szpitalem Klinicznym nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko

Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach a wykonawcą Gremedig sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 3196/21

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usługi transportu sanitarnego z lub bez sanitariusza - transport pacjentów dializowanych”, nr referencyjny: ZP/46/PN/2027.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 września 2021 r. pod numerem 446207-2021-PL.

Informację o unieważnieniu przedmiotowego przetargu Odwołujący: Gremedig sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie otrzymał w dniu 19 października 2021 r. za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 29 października 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1) niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub ustawą PZP czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na unieważnieniu postępowania w dniu 19 października 2021 r., pomimo iż w postępowaniu nie wystąpiły niemożliwe do usunięcia wady postępowania, które uniemożliwiłyby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający mógł konwalidować swoje „przeoczenie” w dokumentacji przetargowej poprzez zmianę wzoru umowy już po rozstrzygnięciu postępowania, bowiem wskazane przez Zamawiającego uchybienia mają charakter nieistotny realizacji przedmiotu zamówienia;

2) zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy - spółki pod firmą Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Vanmed W. M., W. S. sp. j. z siedzibą w Oświęcimiu pomimo że zawiera błędy obliczeniowe ceny, których nie można poprawić w treści oferty, polegające na nieprawidłowym zastosowaniu zwolnienia z podatku VAT;

3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

1) art.266 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że w postępowaniu nie wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2) art.226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez nieodrzućcenie oferty Wykonawcy, pomimo że oferta Wykonawcy spółki pod Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Vanmed W. M. W. S. sp. j. z siedzibą w Oświęcimiu zawiera błąd w wyliczeniu ceny w postaci podania nieprawidłowej wartości podatku VAT przez Wykonawcę i zastosowanie przez niego zwolnienia, pomimo że powinien zastosować stawkę podatku VAT, co ma wpływ wyliczenie ceny.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 19 października 2021 r.;

2) ponownego zbadania i dokonania ocen złożonych w postępowaniu ofert wszystkich Wykonawców, w tym Odwołującego;

3) odrzucenia oferty Wykonawcy spółki pod firmą Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Vanmed W. M., W. S. sp. j. z siedzibą w Oświęcimiu w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP z powodu błędów w wyliczeniu ceny, których nie można poprawić;

4) dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

5) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania i przeprowadzenie dowodu z dokumentów, oświadczeń i informacji znajdujących się w aktach postępowania, w tym SWZ.

Nadto, Odwołujący wnosil o:

1. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty opisane i wskazane w jego treści;

2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa postępowaniu odwoławczym w kwocie 3.600 zł zł oraz pozostałych udokumentowanych kosztów, których spis wraz z dowodami ich poniesienia zostanie przedstawiony na rozprawie.

W dniu 5 listopada 2021 r. Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Vanmed W. M., W. S. sp. j. z siedzibą w Oświęcimiu, zwany dalej Przystępującym zglosil swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 15 listopada 2021 r. Zamawiający udzielim odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustalila i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia, Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania wraz z załączonymi dowodami, zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 10 października 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 listopada 2021 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i przedłożonych dowodów Izba postanowila odwołanie uwzględnić w części, uznając za uzasadniony: zarzut nr 1 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), oraz uznając za nieuzasadniony zarzut nr 2 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust.1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.).

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy w ramach postępowania odwoławczego, Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia powołanych wyżej przepisów prawa, zaś w pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia w warunkach, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tym Izba ustaliła, że Zamawiający działając na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp poinformował wykonawców, iż unieważnia przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

W swoim uzasadnieniu faktycznym unieważnienia przetargu Zamawiający wskazał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w powyższym zakresie.

Dalej, motywował, że w/w rozbieżność polega na tym, iż w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał:

1) posiadania lub dysponowania

a) dwóch ambulansów sanitarnych, spełniających cechy techniczne i jakościowe, wyposażone w odpowiednią sygnalizację świetlną - dźwiękową oraz odpowiednie środki łączności określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane, o których mowa w art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 882) wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi środkami,

b) dwóch samochodów osobowych w tym jeden z miejscami do 9 osób łącznie z kierowcą, drugi do przewozu osób niepełnosprawnych na wózku inwalidzkim do 6 osób łącznie z kierowcą.

Jednocześnie, Zamawiający zwrócił uwagę w powyższym zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania o uzp, że opisany w pkt. 5.3.4. ppkt b) oraz w części III SWZ w pkt. 3 ppkt b) wymóg posiadania dwóch samochodów osobowych, w tym jeden z miejscami do 9 osób łącznie z kierowcą, drugi do przewozu osób niepełnosprawnych na wózku inwalidzkim do 6 osób łącznie z kierowcą nie został uwzględniony we wzorze umowy.

Według zapatrywania Izby - przedstawione w zawiadomieniu o unieważnieniu przetargu rozumowanie Zamawiającego odnośnie oceny dopuszczalności możliwości zastosowania w tej sprawie przepisu art.255 pkt 6 ustawy Pzp jest błędne.

Wymaga wskazania, że przepis art.255 pkt 6 ustawy Pzp, który daje Zamawiającemu prawo do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ma charakter wyjątkowy i jego wykładnia musi być ścisła.

Oznacza to, że Zamawiający korzystając z powołanego wyżej przepisu art.255 pkt 6 ustawy Pzp jest zobowiązany do wyczerpującego wykazania wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek.

W ocenie Izby - okoliczność nie wpisania w samym wzorze umowy w § 1 ust. 2 stanowiącym część SWZ postanowienia o tym, że wykonawca obok zapewnienia

ambulansów sanitarnych uprzywilejowanych z noszami w składzie: kierowca z sanitariuszem lub bez sanitariusza, zgodnie z potrzebami Zamawiającego będzie zobowiązany do zapewnienia dwóch samochodów osobowych, w tym jeden z miejscami do 9 osób łącznie z kierowcą, drugi do przewozu osób niepełnosprawnych na wózku inwalidzkim do 6 osób łącznie z kierowcą, nie stanowi niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższy wniosek wynika z oczywistego uregulowania zawartego w § 1 ust. 4 wzoru umowy, gdzie Zamawiający unormował zakres przedmiotu zamówienia odsyłając na grunt SWZ.

Zdaniem Izby - Zamawiający całkowicie pominął treść tego postanowienia z którego wynika w sposób jednoznaczny, że zakres przedmiotu zamówienia określa treść specyfikacji opis przedmiotu zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzedzającym zawarcie umowy, treść oferty Wykonawcy, złożonej w poprzedzającym zawarcie umowy postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w szczególności treść Formularza ofertowego, jak również treść niniejszej umowy.

Jeżeli zatem Zamawiający uczynił odesłanie na grunt SWZ, to wiążąca będzie zarówno dla niego, jak i dla Odwołującego treść pkt 1 i 3, załącznika nr III - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, która reguluje świadczenie całodobowej usługi transportu sanitarnego zgodnie z potrzebami Szpitala na podstawie wystawionego zlecenia, które będzie realizowane poprzez posiadane lub dysponowane:

a) dwóch ambulansów sanitarnych, spełniających cechy techniczne i jakościowe, wyposażonych w odpowiednią sygnalizację świetlną - dźwiękową oraz odpowiednie środki łączności określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane, o których mowa w art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 882) wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi środkami. Ponadto w oparciu o art.53 ust.1 pkt 12 ustawy Prawo o ruchu drogowym z dnia 20 czerwca 1997 r., Zamawiający wymagał dla każdego pojazdu decyzji MSWiA zezwalającej na uprzywilejowanie w ruchu drogowym,

b) dwóch samochodów osobowych w tym jeden z miejscami do 9 osób łącznie z kierowcą, drugi do przewozu osób niepełnosprawnych na wózku inwalidzkim do 6 osób łącznie z kierowcą.

W przekonaniu Izby - cyt. wyżej uregulowania umowne w sposób jednoznaczny opisują sposób wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie są one dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dodatkowo, Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego dotyczącej uzasadnienia podstawy do unieważnienia przetargu nawiązującej do możliwości zastosowania przez wykonawców dwóch różnych stawek podatku VAT, skoro Zamawiający nie zdecydował na gruncie SWZ jaka stawka tego podatku ma być przyporządkowana do określonej usługi, lecz pozostawił to do uznania wykonawcom. Poza tym takie argumenty Zamawiającego jak zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie nie znalazły się w cyt. wyżej zawiadomieniu skierowanym do wykonawców.

Reasumując, czynność Zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została dokonana z naruszeniem przepisu art.255 pkt 6 ustawy Pzp w warunkach braku wystąpienia przesłanek, o których

mowa w tym przepisie.

Przechodząc do rozpoznania drugiego zarzutu odwołania, Izba uznała go za bezzasadny z powodu jego przedwczesnego zgłoszenia.

Izba ustaliła, że Przystępujący zastosował stawkę objętą zwolnieniem z podatku VAT, podczas gdy Odwołujący zadeklarował stawkę VAT 8%.

Zgodnie z art.226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W związku z tym wymaga wskazania, że przedmiotem dociekań Izby była kwestia oceny czy powstały pomiędzy stronami spór w odniesieniu do zagadnienia prawidłowości podanej przez Przystępującego stawki podatku VAT mógł zostać rozstrzygnięty w okolicznościach unieważnienia przetargu w sytuacji braku wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

Należy podnieść, że w sprawie tej Zamawiający nie dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, co wskazuje, że nie dokonał on czynności oceny oferty Przystępującego w spornym zakresie dotyczącym prawidłowości zastosowanej stawki.

Natomiast, stosownie do art.253 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powołanych wyżej przepisów wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający jest zobowiązany do dokonania równolegle dwóch czynności: odrzucenia ofert wykonawców, co do których występują przesłanki określone w art.226 ust.1 ustawy Pzp oraz dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający takich czynności w ogóle nie dokonał, lecz unieważnił przetarg z przyczyn powyżej wskazywanych.

Jeżeli zatem Zamawiający zmierzał do unicestwienia bytu prawnego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis art.255 pkt 6 ustawy Pzp, to bezprzedmiotowe było dokonywanie przez niego innych czynności w tym czynności oceny prawidłowości zadeklarowanej stawki podatku VAT.

Wobec tego zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art.226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić w części, uznając wyżej wskazany zarzut odwołania za uzasadniony, pozostałe

zaś zarzuty odwołania za nieuzasadnione.

W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego należy wskazać, że zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Jednocześnie w ust. 3 powołanego wyżej przewidziano, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

- 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
- 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....