Sygn. akt KIO 490/25

WYROK

Warszawa, dnia 13 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2025 r. przez wykonawcę **EVER MEDICAL CARE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Zakłady Opieki Zdrowotnej w Żorach Sp. z o.o. z siedzibą**

w Żorach, ul. Dąbrowskiego 20, 44-240 Żory

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IZAN + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46,**

31-215 Kraków (Lider konsorcjum), Naprzód Hospital Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi,

ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum) i Naprzód Service Sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum),

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **EVER MEDICAL CARE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EVER MEDICAL CARE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IZAN + Sp.**

z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków (Lider konsorcjum), Naprzód Hospital Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi,

ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum) i Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę

356 zł 50 gr (słownie: trzysta pięćdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IZAN + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46,**

31-215 Kraków (Lider konsorcjum), Naprzód Hospital Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum)

i Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126,

91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum) tytułem dojazdu na posiedzenie

i rozprawę oraz kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IZAN + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46,**

31-215 Kraków (Lider konsorcjum), Naprzód Hospital Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum)

i Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126,

91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

2.2.zasądza od wykonawcy **EVER MEDICAL CARE Sp. z o.o. z siedzibą**

w Warszawie, ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IZAN + Sp. z o.o.**

z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków (Lider konsorcjum), Naprzód Hospital Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126,

91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum) i Naprzód Service Sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (Uczestnik Konsorcjum) kwotę **3 973 zł 50 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 490/25

Uzasadnienie

Miejskie Zakłady Opieki Zdrowotnej w Żorach Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, zwane dalej „zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług kompleksowego sprzątania".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 grudnia 2024 r. pod nr 736142-2024, nr wydania: Dz. U.S. 235/2024.

W dniu 10 stycznia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca EVER MEDICAL CARE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym", wniósł odwołanie wobec:

1)wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: IZAN + Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (Lider konsorcjum), Naprzód Hospital Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Uczestnik Konsorcjum) i Naprzód Service Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Uczestnik Konsorcjum), zwanych dalej „Konsorcjum Naprzód";

2)zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Naprzód" na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

ewentualnie:

3)zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum Naprzód jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w dokumentacji przetargowej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Naprzód, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w dokumentacji przetargowej, która to niezgodność polega na niezastosowaniu się do wytycznych zamawiającego dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty, które jednoznacznie określiły, że usługa kompleksowego utrzymania czystości powinna stanowić 40% udziału w całym zamówieniu, zaś usługa w zakresie opieki medycznej 60% udziału w zamówieniu, zaś wykonawca Konsorcjum Naprzód w swojej ofercie uwzględniło usługę kompleksowego utrzymania czystości zaledwie w 9,96% całego zamówienia, a usługę w zakresie opieki medycznej w zakresie aż 90,04% zamówienia;

ewentualnie:

3)art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu doszło do powstania niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. takiego skonstruowania przez zamawiającego załącznika nr 3 do SWZ - Formularz Cenowy, z którego wynikała jednoznaczna dyspozycja, że wykonawcy przy kalkulacji ceny ofert za przedmiot zamówienia mają przyjąć następujące proporcje:

a)usługa kompleksowego utrzymania czystości stanowić ma 40% zamówienia;

b)usługa w zakresie opieki medycznej stanowić ma 60% zamówienia;

co należało wprost intepretować w ten sposób, że zamawiający wymaga, aby 40% ceny oferty stanowiła cena za usługi kompleksowego utrzymania czystości, a 60% ceny oferty stanowiła cena za usługi w zakresie opieki medycznej, co doprowadziło do tego, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty, które są nieporównywalne, ponieważ jeden z wykonawców zastosował się do w/w dyspozycji, a drugi nie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Naprzód jako oferty najkorzystniejszej;

2)nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy;

3)nakazanie zamawiającemu ponowienia badania i oceny oferty odwołującego;

4)nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego j jako oferty najkorzystniejszej;

ewentualnie:

5)nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania z u uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

6)zasądzenie zwrotu kosztów wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów opłaconych pełnomocnictw i kosztów zastępstwa procesowego wg faktur przedstawionych przez pełnomocnika na rozprawie.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując postanowienia SWZ, treść złożonych ofert oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający w dniu 11 lutego 2025 r. przesłał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego poprzez platformę MARKET PLANET, na której prowadzone jest postępowanie.

W dniu 12 lutego 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: IZAN + Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (Lider konsorcjum), Naprzód Hospital Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Uczestnik Konsorcjum) i Naprzód Service Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Uczestnik Konsorcjum) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 26 lutego 2025 r. złożył pismo, w którym oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Pismem z dnia 3 marca 2025 r. wykonawca Konsorcjum Naprzód zostało wezwane do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W dniu 6 marca 2025 r. wykonawca Konsorcjum Naprzód złożył sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Konsorcjum Naprzód w dniu 10 marca 2025 r. złożyło pismo procesowe w sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska odwołujacego oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: IZAN + Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (Lider konsorcjum), Naprzód Hospital Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Uczestnik Konsorcjum) i Naprzód Service Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Uczestnik Konsorcjum), zwanych dalej „Konsorcjum Naprzód" lub „przystępującym", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez odwołującego i przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez odwołującego w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

1.Zał. 3 do SWZ.

2.Formularz cenowy Konsorcjum Naprzód.

3.Formularz cenowy odwołującego.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez przystępującego - Konsorcjum Naprzód w załączeniu do złożonego pisma procesowego dowody, tj.:

1.Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz załącznikami w tym Opisem Przedmiotu Zamówienia, formularze ofertowe dot. postępowania przeprowadzonego u zamawiającego w 2022 r. wraz z wyborem oferty przystępującego.

2.Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz z załącznikami w tym Opisem Przedmiotu Zamówienia, formularze ofertowe dot. postępowania przeprowadzonego u zamawiającego w 2021 r. wraz z wyborem oferty przystępującego.

3.Formularze ofertowe odwołującego oraz innych wykonawców złożone w różnych postępowaniach na usługi sprzątania.

4.Plik dokumentów w ZIP.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez odwołującego na rozprawie dowody, tj.:

1.„Wyjaśnienia 2" z dnia 22 maja 2023 r. – pytania i odpowiedzi w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich Sp. z o.o.

2.Formularz cenowy (załącznik nr 3 do SWZ i umowy).

3.Ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 3 stycznia 2025 r. w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr Józefa Pisarskiego w Ostrołęce.

4.Odwołanie z dnia 4 marca 2025 r. złożone w postępowaniu prowadzonym przez Zachodnie Centrum medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie Odrzańskim.

5.Informacja o wyborze oferty z dnia 6 marca 2025 r. w postępowaniu prowadzonym przez SPZZOZ w Ostrowi Mazowieckiej.

6.OPZ w postępowaniu prowadzonym przez SPZZOZ w Ostrowi Mazowieckiej.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia:

1)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum Naprzód jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w dokumentacji przetargowej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zarzut 1 odwołania),

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Naprzód, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w dokumentacji przetargowej, która to niezgodność polega na niezastosowaniu się do wytycznych zamawiającego dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty, które jednoznacznie określiły, że usługa kompleksowego utrzymania czystości powinna stanowić 40% udziału w całym zamówieniu, zaś usługa w zakresie opieki medycznej 60% udziału w zamówieniu, zaś wykonawca Konsorcjum Naprzód w swojej ofercie uwzględniło usługę kompleksowego utrzymania czystości zaledwie w 9,96% całego zamówienia, a usługę w zakresie opieki medycznej w zakresie aż 90,04% zamówienia (zarzut 2 odwołania),

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający – zgodnie z rozdziałem 8 SWZ „Dokumenty składane wraz z ofertą oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych" – podał, że „*do oferty należy dołączyć:*

8.1.1.Formularz ofertowo – cenowy sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3do SWZ wraz ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, który stanowią załącznik 1A, 1B, 1C, 1D, 1E do SWZ".

W treści załącznika nr 3 do SWZ „*Usługa w zakresie sprzątania, odkażania oraz wykonywania czynności pomocniczych przy pacjencie*" w odniesieniu do pozycji 1 „usługa kompleksowego utrzymania czystości" w kolumnie „% udział w usłudze" podano „40%", natomiast w odniesieniu do pozycji 2 „usługa w zakresie opieki medycznej" w kolumnie „% udział w usłudze" podano „60%", a dla pozycji 3 „Razem" podano „100%".

Konsorcjum Naprzód w odniesieniu do pozycji 1 podało „wartość umowy netto" w kwocie „672 446,25 zł" i „wartość umowy brutto" w kwocie „827 108,88 zł", do pozycji 2 podało „wartość umowy netto" w kwocie „6 079 039,56 zł" i „wartość umowy brutto" w kwocie „6 079 939,56 zł", a do pozycji „x" „razem" podało „wartość umowy netto" w kwocie „ 6 752 385,81 zł" i „wartość umowy brutto" w kwocie „6 907 048,44 zł".

Zamawiający, pismem z dnia 31 stycznia 2025 r., przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty Konsorcjum Naprzód jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje"

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*". Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający w treści załącznika nr 3 do SWZ „*Usługa w zakresie sprzątania, odkażania oraz wykonywania czynności pomocniczych przy pacjencie*" zamieścił kolumnę „% udział w usłudze", podając w odniesieniu do pozycji 1 „usługa kompleksowego utrzymania czystości" „40%", natomiast w odniesieniu do pozycji 2 „usługa w zakresie opieki medycznej" „60%", a dla pozycji 3 „Razem" „100%". Istotnie zamawiający nigdzie nie podał jak należy rozumieć sformułowanie „% udział w usłudze" i do czego ten „%" należy odnieść. Z żadnych postanowień SWZ nie wynika także, że usługa kompleksowego utrzymania czystości ma stanowić 40% ceny, a usługa w zakresie opieki medycznej ma z kolei stanowić 60% ceny. Nie odniesiono bowiem „% udziału w usłudze" do ceny. Istotnie informacja ta, tj. „% udział w usłudze" znajduje się wyłącznie w treści załącznika, w którym podano ceny (cenę jednostkową netto za 1 m², cenę jednostkową brutto za 1 m², wartość netto/m-c, wartość brutto/m-c, wartość umowy netto i wartość umowy brutto). Nigdzie jednak nie podano do czego, do którego ze wskazanych ww. elementów ceny ten „% udział w usłudze" należy odnieść. Takich informacji nie ma zarówno w rozdziale 16 SWZ „Opis sposobu obliczenia ceny", ale i w treści załącznika nr 3. Nie odniesiono jej także do żadnej pozycji cenowych. Tak więc wskazany został jedynie % udział danej usługi (wyspecyfikowanej w pozycji 1 i 2 tabeli) w całej usłudze będącej przedmiotem tego zamówienia.

Interpretacja treści tego załącznika w sposób wskazany przez odwołującego nie znajduje potwierdzenia w jego treści. Brak jest bowiem jakichkolwiek informacji dotyczących tego do czego (do jakiej ceny) ten „% udział" ma być odniesiony. Dowody przedstawione w tym postępowaniu potwierdzają to, że w przypadkach, a więc w postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których % udział był przez zamawiającego odnoszony do ceny to wówczas wprost na to wskazywano, np. „nie może przekroczyć 50% wartości uśrednionej ceny", czy też „nie może przekraczać 70% łącznej wartości netto usług zawartych w ofercie".

Kwestia ta – jak wynika z treści dokumentów pochodzących z innych postępowań o udzielenie zamówienia - wynika, że jest różnie opisywana przez zamawiających a w razie pojawiających się wątpliwości wyjaśniana. Wszędzie bowiem tam gdzie pojawiły się wątpliwości, dotyczące rozumienia „% udziału" zamawiający doprecyzowywali, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, o jaką wartość chodzi, do czego należy ten % odnieść – do której z zaoferowanych cen.

Reasumując Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu doszło do powstania niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (…) (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W treści załącznika nr 3 do SWZ „*Usługa w zakresie sprzątania, odkażania oraz wykonywania czynności pomocniczych przy pacjencie*" w odniesieniu do pozycji 1 „usługa kompleksowego utrzymania czystości" w kolumnie „% udział w usłudze" podano „40%", natomiast w odniesieniu do pozycji 2 „usługa w zakresie opieki medycznej" w kolumnie „% udział w usłudze" podano „60%", a dla pozycji 3 „Razem" podano „100%".

Odwołujący podniósł m.in., że zamawiający błędnie przygotował dokumentację postępowania, wprowadzając odwołującego w błąd co do interpretacji zapisów dotyczących kalkulacji ceny oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 255 ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (…) 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; (…)*". Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Dla zastosowania tego przepisu koniecznym jest więc ustalenie czy w danym stanie faktycznym wystąpiła wada postępowania a więc czy doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, czy stwierdzone naruszenie stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, a ponadto czy wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Tak więc przepis ten dotyczy takich uchybień proceduralnych, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Wada taka musi mieć więc nieusuwalny charakter. Wada ta musi jednocześnie uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i tkwić w procedurze postępowania. Oznacza to więc, że kwestię unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy rozpatrywać łącznie z art. 457 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Taka konstrukcja przepisu prowadzi do wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania.

W tym stanie faktycznym okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania nie wystąpiły. Wadą nie może być bowiem jakakolwiek nieprawidłowość, ale jedynie taka, która powoduje, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Przepis ten nie może też być bowiem traktowany jako ochrona wykonawcy, który twierdząc, że treść SWZ jest wadliwa, nie korzysta na odpowiednim etapie postępowania z możliwości złożenia pytań, jak i ze środków ochrony prawnej, a następnie, w sytuacji nieuzyskania zamówienia, dąży do unieważnienia postępowania, powołując się na rzekome nieprawidłowości. Wady, które miałyby stanowić podstawę do jego unieważnienia to w istocie kwestia interpretacji treści załącznika nr 3, którego treść – jak przyznał odwołujący - wprowadziła go w błąd. Odniesienie „% udziału w usłudze" do ceny nie wynikała z żadnych postanowień SWZ. Istotnie obydwaj wykonawcy w sposób odmienny zrozumieli treść załącznika nr 3. Niemniej jednak odmienna interpretacja postanowień SWZ przez wykonawców nie stanowi jeszcze wady postępowania. Wykonawca, mając wątpliwości co do treści załącznika nr 3, mógł pytać a w kwestionowanym zakresie tego nie uczynił. Co więcej wada, o ile miałaby miejsce musi jednocześnie uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i tkwić w procedurze postępowania. A taka sytuacja w tym przypadku nie ma miejsca. Skoro więc nie ma mowy o wadzie postępowania to nie może być mowy o jego unieważnieniu.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2) a rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: ……