Sygn. akt KIO 2075/11

WYROK
z dnia 20 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2011 r. przez wykonawcę Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Serwis Partner Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej we Wrocławiu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Szpitalowi Specjalistycznemu im. Stefana Żeromskiego Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Krakowie unieważnienie czynności odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie oraz powtórzenie czynności i badania ofert

2. kosztami postępowania obciąża Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Żeromskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie na rzecz Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero

groszy) stanowiącą 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2075/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości na terenie Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Żeromskiego SP ZOZ w Krakowie. .

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 lipca 2011 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej , pod numerem 2011/S 142-236058.

15 września 2011 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wynikach postępowania. Zamawiający odrzucił ofertę Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie na podstawie art.89 ust. 1pkt 2 Pzp i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o. o. Spółka Komandytowa we Wrocławiu.
Uzasadniając czynność odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że w załączniku nr 11 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej również jako: „specyfikacja") dokładnie wskazał czynności wchodzące w skład kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu – „strefa biała" i wymagał podania w pkt 5 formularza oferty całkowitej ceny sprzątania łącznie z kosztami materiałowymi za okres 1 miesiąca oraz przeniesienia tej wartości do pozycji 1 tabeli. Wykonawca tymczasem zaoferował w poz. 5 inną cenę, niż w poz. 1 tabeli, gdzie dodatkowo wpisał cenę za inne czynności. Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień uznał, że w opisie przedmiotu zamówienia nie ma czynności związanych z ratowaniem życia i zdrowia ludzkiego i odrzucił ofertę jako niezgodną ze specyfikacją.

26 września 2011r. Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie wniosła odwołanie. Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art 91 ust 1 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej oraz art 7 ust 1 i 3 przez nierówne traktowanie wykonawców. Wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i o dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Wskazując okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, odwołujący podniósł, że zamawiający nie wykazał żadnych niezgodności pomiędzy treścią oferty odwołującego a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia . Ponadto z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przygotowaną w taki sam sposób jak oferta odwołującego, wobec powyższego oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o. o. Sp. k. we Wrocławiu z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpili do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba - w składzie pierwotnie wyznaczonym - na posiedzeniu 7 października 2011r. wezwała odwołującego w trybie art. 187 ust. 3 Pzp do uzupełnienia odwołania przez wskazanie zarzutów, określenia żądań oraz wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania tj. zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania. W odpowiedzi z 10 października odwołujący oświadczył, że zamawiający nie wykazał żadnych niezgodności treści jego oferty ze specyfikacją. Wskazał, że oferta dotyczy przedmiotu opisanego w specyfikacji, a złożone wyjaśnienia jej treści nie zmieniły zakresu oferowanych usług, a jedynie uzasadniały zastosowanie różnych stawek podatku VAT, przy czym sposób obliczenia ceny oferty nie był kwestionowany przez zamawiającego.

Na posiedzeniu 19 października 2011 r. Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega zwrotowi.
Odwołanie zawierało wskazanie czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy wraz ze wskazaniem podstaw prawnych, adekwatne żądania oraz uzasadnienie. Uzasadnienie to, acz ogólne, Izba uznała za czyniące zadość wymaganiom art. 180 ust. 3 Pzp. Pismo złożone w uzupełnieniu rozszerzało, również w sposób ogólny, argumentację odwołania. Izba zważyła, że zwrot odwołania następuje jedynie w sytuacji, gdy odwołanie, mimo wezwania do uzupełnienia zgodnie z art. 187 ust. 3 Pzp, zawiera braki, uniemożliwiające nadanie odwołaniu dalszego biegu – zwrotowi podlega odwołanie nie nadające się do rozpoznania. Zwrot odwołania następuje w razie łącznego zaistnienia dwóch

przesłanek: niezachowania warunków formalnych, w szczególności braku w jego treści obligatoryjnych elementów konstytutywnych wskazanych w art. 180 ust. 3 Pzp, oraz braku możliwości nadania odwołaniu prawidłowego biegu. Warunkiem zwrotu odwołania jest zatem brak niezbędnej treści w ogóle, a nie wskazania elementów niezbędnych w sposób ogólny.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie. Strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający podnosił, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż niemożliwe jest jej prawidłowe rozliczenie.

Izba ustaliła, co następuje:

Opisując przedmiot zamówienia zamawiający w rozdziale III pkt A specyfikacji wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje utrzymanie czystości w obiektach szpitalnych strefa „biała i szara", utrzymanie czystości na zewnątrz obiektów szpitalnych oraz utrzymanie terenów zielonych. W załączniku nr 11 do specyfikacji ustalił wykaz czynności wchodzących w skład kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu – strefa „biała".
Cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert (rozdział XIV specyfikacji). Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, przystępujący z ceną drugą w kolejności.
W rozdziale XI ust. 4 zamawiający zalecił wykorzystanie formularzy przekazanych przez zamawiającego (…) Oferty wykonawców, którzy dołączą do oferty załączniki innej treści zostaną odrzucone.
Wzór formularza ofertowego stanowi załącznik Nr 1 do specyfikacji. W pkt. 4 formularza zamawiający żądał podania ceny w przeliczeniu na m^2 łącznie z kosztami materiałowymi w strefie „białej", w pkt 5 ceny całkowitej sprzątania za okres 1 miesiąca w tej strefie (pow. 13.258m^2), w pkt 4 ceny za utrzymanie 1 m^2.
Formularz oferty zawiera również tabelę której pozycja 1 zawiera cenę całkowitą sprzątania za okres 1 miesiąca w strefie „białej" (pow. 13.258m^2), w kolejnych kolumnach ceny netto za 1 miesiąc, stawkę podatku VAT (%). Cenę brutto za 1 miesiąc oraz analogiczne pozycje w ujęciu 36miesięcy.
Odwołujący złożył ofertę w której w poz. 1 tabeli podał cenę zawierającą dwa składniki: cenę całkowitą sprzątania za okres 1 miesiąca w strefie „białej" o wartości brutto 48.922.02 zł zz VAT 23% oraz inne czynności o wartości brutto 62.000 zwolnione z podatku.
W pkt 5 formularza wskazał kwotę 48.922.02 zł
Przystępujący wskazał, że w pkt. 1 ujął czynności opodatkowane wg stawki podstawowej oraz czynności zwolnione od opodatkowania podatkiem od towarów i usług – jednak zaprezentował wartości poszczególnych pozycji w jednej kwocie 114.549,12 zł i tę wartość przeniósł do pkt 5 oferty.
Pismem 9 września 2011 r. zamawiający w trybie art. 87 ust. 1Pzp wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień.

Odwołującemu zadał pytanie, co rozumie on pod pojęciem inne czynności. W odpowiedzi z 9 września odwołujący wskazał, ze pod pojęciem tym mieszczą się wszelkie czynności zawarte w specyfikacji nie będące czynnościami sprzątania, a będące czynnościami związanymi z ratowaniem życia i zdrowia ludzkiego.
Przystępującego zobowiązał do „rozbicia ceny netto dla poz. 1 (…) na kwoty objęte stawką 23% oraz kwoty zwolnione z VAT.
Przystępujący uczynił żądaniu temu zadość, a dodatkowo wskazał, ze zgodnie z art. art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług cześć usług stanowiących przedmiot zamówienia podlega zwolnieniu z podatku – t.j. część usług stanowiących przedmiot zamówienia w zakresie transportu wewnątrzszpitalnego.
Rozliczanie § 6 wzoru umowy zamawiający zastrzegł sobie możliwość wyłączenia części usług z utrzymania czystości, a w § 12 umowy zawierającym ceny przewidział przeniesienie wartości zawartej w pkt 5 tabeli, oraz za 1 m^2.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Odrzucenie jego oferty uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Odwołanie okazało się zasadne.

Izba zważyła przede wszystkim, że samo dokonanie przez odwołującego podziału ceny w poz. 1 tabeli nie uzasadnia odrzucenia oferty, w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
Po pierwsze: przywołany przepis zawiera enumeratywny katalog przesłanek odrzucenia oferty, co oznacza, że odrzucenie oferty z przyczyn innych, niż wskazane, jest niedopuszczalne. Tymczasem zamawiający w postanowieniu rozdziale XI ust. 4 wykreował nową podstawę odrzucenia oferty;
Po drugie: Odrzucenie oferty na podstawie przywołanego przepisu następuje wyłącznie w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę świadczenie - „treść oferty" - nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w specyfikacji - „treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Ewentualne zaoferowanie oprócz usług opisanych, innych dodatkowych czynności nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, skoro zawarcie umowy na jej podstawie umożliwia realizację całości przedmiotu zamówienia zgodnie z dokonanym opisem. Zatem skoro oferta odwołującego oferuje świadczenie umożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji, nie podlega odrzuceniu, nawet przy przyjęciu poglądu zamawiającego, że w poz. 1 tabeli

---

odwołujący zaoferował usługi utrzymania czystości w strefie białej – opisane przez zamawiającego i inne usługi, których zamawiający nie wymagał. ;
Po trzecie: Izba nie podziela poglądu zamawiającego, iż odwołujący zaoferował czynności nie wchodzące w skład przedmiotu zamówienia. Z opisu dokonanego w załączniku nr 1 wykaz czynności wykazu czynności wchodzących w skład kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu w strefie białej wynika, że pod pojęciem kompleksowego utrzymania czystości zamawiający rozumiał nie tylko usługi dotyczące *stricte* utrzymania czystości, ale również usługi z nimi związane, stanowiące zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.). usługi w zakresie opieki medycznej służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związanych, świadczonych na rzecz zakładów opieki zdrowotnej na ich terenie, które w praktyce określa się usługami „transportu wewnątrzszpitalnego").
W ocenie Izby obaj wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach odwołali się do tej okoliczności.

Jakkolwiek wyjaśnienia odwołującego są niezwykle enigmatyczne, to w żadnym razie nie dają podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty z podanej przez zamawiającego przyczyny, jako, że w swojej treści odwołują się wprost do dokonanego przez zamawiającego opisu i w tych ramach winny podlegać ocenie. Jeśli zamawiający miał wątpliwości, co do tego jakie czynności odwołujący wycenił w tej pozycji mógł powtórnie wystąpić o wyjaśnienia treści oferty. Art. 87 ust. 1 Pzp może być wielokrotnie stosowany przez zamawiając w postępowaniu z zastrzeżeniem, że nie doprowadzi to do zmiany treści oferty, ani też do negocjacji treści oferty.
Dziwi zachowanie zamawiającego, który w odniesieniu do oferty przystępującego domaga się wyłącznie podziału ceny zawartej w poz. 1 tabeli w zależności od podstawy opodatkowania, natomiast w odniesieniu do oferty odwołującego domaga się wskazania elementów stanowiących podstawę dokonanej kalkulacji.

Zamawiający konstruując formularz oferty dopuścił możliwość odrębnego wykazywania usługi opodatkowanej stawką VAT 8%, pominął jednak niesporną okoliczność, że pozycja 1 tabeli (pkt 4 i 5 formularza oferty, załącznik nr 11 do specyfikacji), zawiera zarówno czynności opodatkowane wg stawki podstawowej, jak i czynności zwolnione z podatku VAT. Zarówno odwołujący, jak i przystępujący wykonawcy dokonali podziału ceny usług w tej pozycji. Różnica polega na tym, że odwołujący już w formularzu oferty wskazał rachunkowe podstawy kalkulacji obu stawek podatku, a przystępujący uczynił to dopiero na etapie wyjaśniania treści oferty. Oferty obu wykonawców Izba uznała za identyczne, co do treści.

Czynności badania i oceny ofert zamawiający dokonał z pogwałceniem zasady równego traktowania wykonawców, naruszając art. 7 ust. 1 Pzp.
Naruszeniem zasady równego traktowania jest dokonanie przez zamawiającego różnych czynności wobec takich samych co do treści stanów faktycznych wynikających z ofert.
Art. 7 ust. 1 Pzp nakazuje bowiem, by taki sam stan rzeczy pociągał za sobą jednakowe skutki prawne.
Podkreślić trzeba, że celem postępowania o udzieleni zamówienia nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej zgodnej formalnie z postanowieniami specyfikacji, lecz oferty oferującej wykonanie zamówienia stosownie do wymagań opisanych przez zamawiającego i najkorzystniejszej w przyjętych kryteriach oceny. Taka ofertą była oferta odwołującego.
Izba nie podzieliła też poglądu, że nie jest możliwe prawidłowe dokonywanie przez zamawiającego płatności wynikających z umowy w związku z przeniesieniem przez odwołującego do pkt 5 formularza wyłącznie ceny za usługi wskazane w pkt. 1 poz. 1 tabeli (i obliczenie wg tej wartości ceny za utrzymanie czystości 1 m ^{2}).

Nie budzi wątpliwości Izby, że odwołujący dokonując przeniesienia wyłącznie kwoty wskazanej w pkt. 1 tabeli dopuścił się omyłki, gdyż do pkt 5 winna być przeniesiona suma obu punktów pozycji 1 tabeli, którą *nota bene* odwołujący podał. Na tej podstawie możliwa jest również do ustalenia prawidłowa cena za utrzymanie czystości 1 m ^{2} .
Omyłka ta nadaje się do poprawienia z zastosowaniem trybu wskazanego w art. 89 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. Dokonanie oprawy oczywistych omyłek rachunkowych oraz niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji o charakterze nieistotnym stanowi obowiązek ustawowy zamawiającego, od którego nie może on się zwolnić.
Należyta staranność, której należy oczekiwać od zamawiającego wymaga, aby badał on, czy w ramach przewidzianych w art. 87 ust. 1 i 2 Pzp instytucji wyjaśniania i poprawy oferty, możliwe jest usunięcie zaistniałych wątpliwości i uchybień. Dopiero, gdy nie jest to możliwe, zamawiający odrzuca ofertę. W okolicznościach sprawy zamawiający *a priori* i całkowicie niezasadnie założył, że oferta odwołującego nie podlega poprawie.
Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji przez wybór oferty przystępującego naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: ……..