

POSTANOWENIE

z dnia 27 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman
Agnieszka Bartczak-śuraw
Katarzyna Brzeska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **27 kwietnia 2011 r.** bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 kwietnia 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. M. Orłowskiego CMKP, ul. Czerniakowska 231, 00-416 Warszawa.**

Przy udziale wykonawcy: **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, ul. śabiniec 46, 31 - 215 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, oraz:

1

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum firm: **Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

.....

2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługę utrzymania czystości i prawidłowego stanu sanitarnego w Szpitalu oraz wykonywanie czynności pomocniczych przy pacjencie w systemie 24 godzinnym na terenie SPSK w ciągu 36 m-cy,” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 31 grudnia 2010 r. pod pozycją 2010/S 254-391092, w dniu 15 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło

odwołanie w formie elektronicznej, złożone przez wykonawcę konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o.; Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia pismem z dnia 5 kwietnia 2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą Pzp, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu im. prof. M. Orłowskiego CMKP w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp w związku z art. 43 ust. 1 pkt. 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.) oraz w związku z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z dnia 8 czerwca 1993 r.), przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie,
- 3) art. 8 ust. 1-3 ustawy, przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu części oferty wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, zawierającej informacje bezprawnie utajnione,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie,
- 5) art. 91 ust 1 ustawy, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

3

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej, w przypadku unieważnienia wadliwych czynności zamawiającego i nakazania ich powtórzenia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, 3, 6 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że oferta wybranego wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z ustawą o VAT i ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W załączniku nr 1A do oferty wybrany wykonawca zaproponował wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia w odniesieniu do prac pomocniczych wykonywanych w Oddziałach Klinicznych w okresie jednego miesiąca za cenę netto 103 297,60 PLN, przy zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT; podobnie w zakresie prac pomocniczych wykonywanych w Zakładach Jednostki za 1 miesiąc za cenę netto 20 889,40 PLN, przy zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT.

Po przeanalizowaniu powyższych dokumentów, odwołujący stwierdził, że złożenie oferty przez wykonawcę z ceną, która zawiera zwolnienie od podatku VAT w powyższym zakresie przesądza o tym, że oferta winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 6 ustawy prawo zamówień publicznych, jako że zawiera błąd w obliczeniu ceny nie podlegający poprawieniu. Odwołujący wskazywał, że zgodnie z nowelizacją przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.) od dnia 1 stycznia 2011 r. zmienił się stan prawny w zakresie dopuszczalności stosowania przez podatników zwolnienia z podatku VAT. Dotychczasowe (tj. obowiązujące do dnia 31.12.2010 r.) zwolnienie przedmiotowe usług wskazanych w załączniku nr 4 do ustawy przysługiwało każdemu podmiotowi działającemu na rynku, niezależnie od jego statusu i formy organizacyjnej. W stanie prawnym obowiązującym na dzień składania ofert - wyłącznie zakłady opieki zdrowotnej są uprawnione do stosowania zwolnienia z podatku VAT w odniesieniu do usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu,

ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawie towarów i świadczeniu usług ściśle z tymi usługami związanych. Jak podnosił odwołujący, powyższe uprawnienie wynika wprost z przepisów ustawy o VAT - art. 43 ust. 1 pkt. 18. Ustawodawca wprowadził zatem obligatoryjne kryterium podmiotowe w postaci obowiązku posiadania statusu zakładu opieki zdrowotnej, którego spełnienie dopiero uzasadnia prawo do oferowania usług objętych stawką

4

podatku VAT w wysokości „zwolnione.” Odwołujący argumentował, że nie ulega wątpliwości, iż wybrany wykonawca: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie nie posiada statusu zakładu opieki zdrowotnej, zatem nie jest uprawniony na gruncie obowiązujących przepisów do stosowania zwolnienia od podatku VAT, (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 309/11). Odwołujący stwierdził, że obowiązek ustalenia obowiązującej stawki podatku od towarów i usług oraz ustalenia jego wartości spoczywa na wykonawcy – podatniku, zgodnie z art. 15 i 19 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz z § 5 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2008 r. Nr 212, poz. 1337 z późn. zm.). Rolą zamawiającego - jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest również ustalenie właściwej stawki podatku od towarów i usług (VAT), gdyż bez ustalenia powyższego nie można prawidłowo porównać złożonych ofert. Zamawiający powinien najpierw ustalić właściwą stawkę VAT, a następnie dokonać oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Przez zaniechanie tej czynności zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, traktując jednakowo wykonawców stosujących różne stawki podatkowe (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2008 r. - sygn. akt KIO/UZP 115/07). Uznanie przez zamawiającego za prawidłową cenę z wadliwie naliczoną stawką podatku VAT (mniejszą niż wymagana ustawowo), w przekonaniu odwołującego, naruszyło interesy innych przedsiębiorców biorących udział w przetargu i jako sprzeczne z prawem stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z dnia 8 czerwca 1993 r.). Tym samym prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (wyrok z dnia 13 czerwca 2003 r. Sądu Okręgowego w Warszawie - sygn. akt. V Ca 222/03). Odwołujący argumentował, że jego stanowisko znajduje pełne potwierdzenie zarówno w doktrynie prawa zamówień publicznych (por. „Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów” A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, str. 9 i nast.; wyd. Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2006, str. 175) jak również w orzecznictwie arbitrażowym z zakresu zamówień publicznych (por. wyrok ZA z 5.07.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1605/05; wyrok ZA z 6.07.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1622/05). W sposób konsekwentny podchodzi się bowiem do kwestii błędnej stawki VAT w ofercie. Sytuację taką należy zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pogląd ten podzielił również SO w Poznaniu (por. wyrok SO w Poznaniu z 30.09.2005 r., sygn. akt II Ca 1063/05). Odwołujący stwierdził, że jego zdaniem, błąd dotyczący zastosowania niewłaściwej stawki VAT jest błędem w obliczeniu ceny, który

5

nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i też w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Ponadto odwołujący uzasadniał zgłoszony zarzut, że oferta wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi, iż zawiera wadliwe zastrzeżenie części dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zaznaczał, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zasadę jawności postępowania wyraża art. 8 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Ustawa wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2000, Nr 4, poz. 59). Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych (por. wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 745/08; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 595/08). Zaniechanie odtajnienia części oferty uniemożliwia odwołującemu ocenę, czy konkurencyjny wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść

6

oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2011 r. pismem złożonym w formie elektronicznej w dniu 19 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do postępowania odwoławczego przystąpił wybrany wykonawca: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie po stronie zamawiającego, powołując się na interes, aby czynności zamawiającego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zostały zachowane. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę: Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania, zatem nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

W oparciu o dokumentację akt niniejszej sprawy oraz akta postępowania odwoławczego w sprawie sygn. KIO 502/11, który to dowód Izba dopuściła z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, skład orzekający Izby rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania, ustalił co następuje.

Pismem z dnia 4 marca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, gdyż nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. „Wykonawca podał cenę najmu za 1m2 w ofercie cenowej w wysokości (...) 6 285 847,32 (brutto). W wyjaśnieniach złożonych w dniu 1 marca 2011 r. dotyczących ceny najmu, zaproponowana została inna cena tj. 40 zł. Wykonawca złożył dwa rozbieżne oświadczenia. Wyjaśnienia wykonawcy powodują istotne zmiany w treści oferty, które są niedopuszczalne zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.”

Odwołanie wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie na powyższą czynność, zostało uwzględnione wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2011r. sygn. akt KIO 502/11.

W wyniku ponownej oceny ofert, zamawiający w dniu 5 kwietnia 2011 r. wybrał ofertę Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie podającą najniższą cenę wykonania zamówienia.

Przechodząc do podstaw odrzucenia odwołania, Izba uznała w oparciu o przeprowadzone na posiedzeniu dowody, iż odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO

7

502/11. Zatem powyższe ustalenia stanowią podstawę do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje bowiem odrzucić odwołanie dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Izba stwierdziła ponadto, iż odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o wniesieniu odwołania przez wykonawcę: Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie z dnia 10 marca 2011 r. w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp oraz złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 502/11. Stanowi to więc dodatkową okoliczność obciążającą obecnie Izbę do odrzucenia odwołania, w oparciu o postanowienia art. 185 ust. 6 ustawy Pzp. Wymieniony przepis nie dopuszcza możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby, przez wykonawcę wezwanego zgodnie z ust. 1 art. 185 ustawy Pzp. Odwołujący w treści niniejszego odwołania nie powoływał się na okoliczność, iż zamawiający wykonał czynności, czy powtórzył czynności w sposób odbiegający od nakazów zawartych w treści wymienionego wyroku - sygn. akt KIO 502/11.

Ponadto, zdaniem Izby, zarzuty odwołującego, wobec oferty konkurencyjnej - Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, należy uznać za spóźnione w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powinnością zamawiającego jest bowiem dokonanie oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich ustanowionych warunków. Natomiast dalszym następstwem, określonym przepisem art. 92 ust. 1 tej ustawy jest jednoczesne zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) punktacji przyznanej ofertom (łącznie i w każdym kryterium),
- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone,
- 4) wykonawcach wykluczonych z postępowania.

Niezwłocznie po wyborze oferty, zamawiający zamieszcza też informacje wymagane w art. 92 ustawy Pzp na wskazanej stronie internetowej oraz w swojej siedzibie.

Mając na względzie, iż oferty zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, udostępnia się od chwili ich otwarcia, każdy z zainteresowanych wykonawców mógł powziąć wiadomość o brakach konkurencyjnych ofert z chwilą ich udostępnienia, a zaskarżyć odwołaniem pierwsze dokonane czynności czy zaniechania zamawiającego, które by tych okoliczności nie uwzględniały. W ocenie Izby, obowiązkiem zamawiającego było skrupulatne i całościowe zbadanie złożonych ofert, czemu służył okres związania ofertą, w tym postępowaniu wynoszący 60 dni.

Każdy wykonawca, którego interes w uzyskaniu danego zamówienia może być zagrożony oraz który może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego

8

przepisów ustawy Pzp, jest legitymowany, aby skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Z wymienionych względów, w przekonaniu Izby, niezależnie od tego, że oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 4 marca 2011 r., a oferta wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, została wówczas odrzucona, to i tak odwołujący posiadał interes w skarżeniu ewentualnego zaniechania zamawiającego co do oceny prawidłowej konkurencyjnej oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, o ile uważał, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu jeszcze z innych przyczyn niż podał zamawiający w swoim piśmie z dnia 4 marca 2011 r. Ówczesny wybór oferty odwołującego, jak i czynność odrzucenia oferty z najniższą ceną, nie miały charakteru ostatecznego, czyli takiego na który nie przysługuje żaden środek zaskarżenia. Jak pokazała praktyka, w wyniku powtórzenia czynności oceny, zgodnie z wyrokiem Izby, została wybrana oferta wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, która była korzystniejsza w jednym ustanowionym kryterium ceny.

Odwołanie obejmuje zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, a w następstwie tego zaniechania dokonanie wyboru tej oferty. Zatem zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W odwołaniu zostały podniesione zarzuty, iż przystępujący: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie podał niewłaściwy sposób opodatkowania oznaczonych usług, uznając, iż korzystają one ze zwolnienia od opodatkowania podatkiem VAT, podczas gdy w ocenie odwołującego, usługi te objęte są stawką podatku VAT w wysokości 23%. Informację na ten temat odwołujący mógł pozyskać już po pierwszym wyborze ofert w dniu 4 marca 2011 r. Bezsprzecznie kwestionowane oświadczenie Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, w załączniku nr 1A do oferty, gdzie wykonawca zaproponował wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia w odniesieniu do prac pomocniczych wykonywanych w Oddziałach Klinicznych w okresie jednego miesiąca za cenę netto 103 297,60 PLN, przy zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT; podobnie w zakresie prac pomocniczych wykonywanych w Zakładach Jednostki za 1 miesiąc za cenę netto 20 889,40 PLN, przy zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT, zostało złożone w dokumentach jego oferty. Odwołujący wprawdzie podnosił, również zarzut bezprawnego zaniechania przez zamawiającego ujawnienia informacji, które w ofercie Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z mocy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, informacje dotyczące ceny nie mogą podlegać

9

ujawnieniu, są podawane na otwarciu ofert i były odwołującemu wiadome, skoro przytoczył je w treści odwołania.

Treść dokumentów oferty konkurenta była odwołującemu znana, gdyż są one jawne od momentu otwarcia, co do zasady zbieżnego z datą składania ofert, jak stanowi art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast wiadomość o zaniechaniu przez zamawiającego prawidłowego zbadania i oceny kwestionowanej oferty, odwołujący mógł powziąć po otrzymaniu wyniku oceny ofert po pierwszym wyborze, przeprowadzonym przez zamawiającego w dniu 4 marca 2011 r. Od wymienionej daty biegł termin na wniesienie odwołania, w którym odwołujący mógł skutecznie ponosić zarzuty przytoczane w niniejszym odwołaniu, nie tylko w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” lecz również w zakresie zaniechania przez zamawiającego „odtajnienia” zastrzeżonych dokumentów wymienionej oferty.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, odwołujący uprawniony był aby zgłosić przystąpienie do toczącego się postępowania w wyniku odwołania wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, wykazując swój interes prawny w przystąpieniu oraz określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w tym odwołaniu. Jeżeli nawet odwołujący skorzystał z możliwości przystąpienia do wcześniejszego postępowania odwoławczego, to nie zamykało to odwołującemu drogi do złożenia, we właściwym terminie, własnego odwołania na inne czynności lub zaniechania zamawiającego, niż te które stały się powodem odrzucenia kwestionowanej oferty wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, winien samodzielnie ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia oraz zdecydować o tym, czy zaskarżyć czynności lub zaniechania zamawiającego wobec ofert, które nawet potencjalnie mogły zagrażać jego pozycji, niezależnie od możliwości zgłoszenia przystąpienia w zakresie wniesionego ówczasnie odwołania przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Iżba nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Otóż wybór ten, jeżeli nie miał charakteru ostatecznego, to odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z najkorzystniejszą ceną może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty, co w niniejszym przypadku faktycznie nastąpiło. Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to orzecznictwo ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie

Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwu Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi "interes w uzyskaniu danego zamówienia" interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy."

W świetle powyższego, zdaniem Izby, istnienie interesu po stronie odwołującego, aby po dokonaniu pierwszej oceny ofert w dniu 4 marca 2011 r. domagać się odrzucenia oferty wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, z wszystkich przyczyn czynności taką uzasadniających, a nie tylko z tych które podał zamawiający, - skoro zdaniem odwołującego, zachodziły uzasadnione ku temu przyczyny, jest niewątpliwe. Jeżeli bowiem zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już wówczas należało przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawniające do wniesienia odwołania. Kolejna ocena ofert, w tym przypadku nakazana wyrokiem Izby z dnia 23 marca 2011 r. w sprawie sygn. akt sygn. akt KIO 502/11 oraz wykonana zgodnie z tym wyrokiem w dniu 5 kwietnia 2011 r., nie przywróciła odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu pierwszej oceny w dniu 4 marca 2011 r.

Zdaniem Izby, zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą Pzp środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art. 182, art. 185, art. 186 ust. 4, art. 189 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W przekonaniu Izby, nie nastąpiły w przedmiotowym postępowaniu żadne nowe okoliczności, poza czynnościami wykonanymi zgodnie z rozstrzygnięciem poprzedniego

odwołania przytaczanym wyrokiem Izby, które mogłyby stanowić podstawę wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności i zaniechania zamawiającego. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, co raz to nowe powody i wady tej samej oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny jeden termin na odwołanie od czynności czy zaniechań zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty (w jej pierwotnym kształcie), liczony od przesłania powiadomienia o pierwszej ocenie ofert. W niniejszym przypadku, wadliwość oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, którą starał się wykazać odwołujący, była możliwa do sformułowania na podstawie dokumentacji oferty, po dokonaniu pierwszego wyboru, nawet gdy zamawiający odrzucając ówczesnie ofertę wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, nie

dostrzegł wszystkich okoliczności, które tą czynność uzasadniały. Izba uznała, iż nie zachodzą żadne nowe okoliczności w sprawie, które upoważniałyby do wniesienia rozpatrywanego odwołania.

W wyniku dokonanych ustaleń Izba uznała, że 10 - dniowy termin na złożenie odwołania, uwzględniając podnoszone zarzuty, upłynął w dniu 14 marca 2011 r. Przy czym odwołujący przy dochowaniu należytej staranności mógł i powinien powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, o którym wykonawcy zostali powiadomieni pismem z dnia 4 marca 2011 r.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity. Bezskuteczny jego upływ w dniu 14 marca 2011 r. spowodował wygaśnięcie uprawnień odwołującego do skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Dowody w sprawie potwierdziły, iż odwołanie zostało wniesione nie tylko na czynności wykonane zgodnie z wcześniejszym wyrokiem Izby, ale również z uchybieniem terminu, określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zatem kumulatywnie zachodziły obligatoryjne przesłanki do odrzucenia odwołania przewidziane art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 tej ustawy.

Z przedstawionych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

12

Zaistnienia którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które Izba ustala z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Przewodniczący:

.....

.....

13