

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 września 2008 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział X Gospodarczy

w składzie

Przewodniczący - Sędzia SO Leszek Guza
Sędzia SO Barbara Przybyła
Sędzia SO Katarzyna Żymelka (spr.)

Protokolant Agnieszka Demucha

po rozpoznaniu w dniu 12 września 2008 r. w Gliwicach

na rozprawie

ze skargi: Konsorcjum Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień

Publicznych

z dnia 4 czerwca 2008r.

sygn. akt KIO/UZP 481/08 i KIO/UZP 489/08

z udziałem :

zamawiającego - 106 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Gliwicach

uczestnika - Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie

wykonawców - ISS FACILITY SERVICES Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i NIRO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lubinie

- 1) uchyla zaskarżony wyrok i unieważnia postępowanie o udzieleniu zamówienia;
- 2) znosi wzajemnie pomiędzy uczestnikami koszty postępowania.

SSO Barbara Przybyła S SSO Katarzyna Żymelka

Na oryginale
właściwe podpisy
Wydział X Gospodarczy

UZASADNIENIE

Zamawiający - 106 Szpital Wojskowy z Przychodnią, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Gliwicach wszczął postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 133.000 Euro na usługi kompleksowego utrzymania czystości w obiektach.

W trakcie postępowania Konsorcjum „Impel Cleaning” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu złożyło protest od dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Protestujący wniósł o uchylenie czynności wyboru oferty wykonawcy ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, odrzucenie oferty wykonawcy ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i wykluczenie tegoż wykonawcy, odrzucenie oferty wykonawcy „Niro” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie i wykluczenie tegoż wykonawcy, a także o dokonanie ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu protestujący wskazał, iż wybrana oferta wykonawcy winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Czynności opróżniania, mycia i dezynfekcji butli do ssaków, mycia i dezynfekcji obuwia operacyjnego, dezynfekcji syfonów, utrzymania w czystości pomieszczenia post mortem nie zostały uwzględnione w złożonej ofercie. Ponadto protestujący podniósł, iż wykonawca winien zaproponować w swojej ofercie preparat do powierzchni o działaniu sporobójczym, natomiast wykonawca wskazał preparat Actichlor Granules, który nie posiada wymaganego działania. Ponadto protestujący wskazał, iż w planie higieny wykonawca wpisał godzinowy wykaz pracy w jednostkach organizacyjnych, proponując w sobotę i dni świąteczne obsadę wyłącznie od 7.00 do 19.00, a oddział przewlekle chorych ma być obłożony personelem sprzątającym całodobowo zarówno w tygodniu jak i w dni świąteczne. Protestujący wskazał również brak w wykazie sprzętu wózków do przewożenia bielizny.

Protestujący podniósł, iż oferta wybranego wykonawcy winna być również odrzucona z uwagi na zastosowanie błędnej stawki podatku VAT na tereny zielone w wysokości 3%, tymczasem w dniu składania ofert wszyscy wykonawcy obowiązani byli w dniu składania ofert zastosować właściwą stawkę 7%.

Protestujący wniósł również o odrzucenie drugiej w kolejności oferty wykonawcy „Niro” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością gdyż tenże wykonawca zastrzegł wadliwie, jako tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane przez zamawiającego dokumenty dotyczące informacji o szkoleniach, które nie mają charakteru wskazanego w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto protestujący zarzucił zamawiającemu wadliwą ocenę oferty w podkryterium posiadanie Certyfikatu ISO 9001:2000, gdyż wykonawca nie wykazał, iż wdraża system zarządzania jakością zatem jego oferta winna otrzymać 0 pkt. Protestujący podniósł również, iż w wykazie sprzętu wykonawca nie umieścił wymaganej przez zamawiającego polerki i froterki, które są niezbędne do wykonywania usług porządkowych na powierzchni akrylowej, zgodnie z postanowieniami siwz. Wykonawca nie wykazał również, iż ma do dyspozycji osoby legitymujące się odpowiednim doświadczeniem i kwalifikacjami, w tym w szczególności posiadaniem co najmniej 3 certyfikatów uzyskanych w okresie ostatnich 2 lat, dotyczących szkoleń z zakresu utrzymania higieny, zakażeń w placówkach opieki zdrowotnej. Protestujący podniósł również, iż jego oferta została oceniona w podkryterium jakość z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania.

Do tegoż postępowania przystąpili wykonawcy:

- „Niro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie wnosząc o uznanie zarzutów wobec ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w

Warszawie oraz o oddalenie zarzutów wobec „Niro” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie;

- Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie wnosząc o oddalenie protestu w zakresie zarzutów, wobec wykonawcy ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w całości oraz uznanie zarzutów wobec wykonawcy „Niro” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie;
- ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wnosząc o oddalenie protestu, jako oczywiście bezzasadnego.

Ponadto w toku postępowania Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie również złożyła protest od dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty Spółdzielni oraz wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu oraz wskazała na naruszenie ustawowych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto protestująca wniosła o uchylenie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty protestującej, powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty protestującej.

W uzasadnieniu protestująca wskazała, iż zamawiający powinien dokonać oceny całego kryterium, a nie jakiegoś jego elementu. Zamawiający przyjął błędne założenie, że skoro jeden z elementów/składników otrzyma 0 punktów to pozostałe składniki nie podlegają ocenie, a oferta podlega odrzuceniu. Protestująca podnosi, iż treść jej oferty jest zgodna z treścią siwz i nie podlega odrzuceniu w zakresie wskazanego zarzutu zamawiającego, albowiem protestująca wypełniła minimalne zobowiązanie w treści swojej oferty dotyczące szkoleń personelu zaproponowane przez zamawiającego w siwz, a zakres szkolenia jest akceptowany przez zamawiającego.

Do tegoż postępowania przystąpili wykonawcy:

- „Niro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie wnosząc o oddalenie protestu;
- Konsorcjum „Impel Cleaning” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu wnosząc o oddalenie protestu;
- ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wnosząc o oddalenie protestu jako oczywiście bezzasadnego.

W toku postępowania „Niro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie także złożyła protest od dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Ponadto protestująca wniosła o uchylenie zaskarżonej czynności wybrania oferty, odrzucenie oferty ISS Facility Services Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz oferty Konsorcjum „Impel Cleaning” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i o wybranie oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestująca zakwestionowała zastosowaną przez wskazanego wykonawcę stawkę VAT oraz odniosła się do specjalnych preparatów do czyszczenia żaluzji i mebli skórzanych tapicerowanych.

Do tegoż postępowania przystąpili wykonawcy:

Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie wnosząc o oddalenie protestu w całości, jako bezzasadnego;

Konsorcjum „Impel Cleaning” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we

Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu wnosząc o oddalenie protestu w części dotyczącej odrzucenia oferty Konsorcjum, uznając zarzuty, jako całkowicie chybione oraz wnosząc o uwzględnienie protestu w części dotyczącej ISS Facility Services Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;

ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wnosząc o oddalenie protestu jako oczywiście bezzasadnego.

Zamawiający oddalił częściowo, a częściowo uwzględnił (w zakresie czynności zaniechanej) protest Konsorcjum „Impel Cleaning” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu.

W uzasadnieniu zamawiający podniósł, iż wykonawca wykazał preparat Sekusept Pulver Classic, jako środek stosowany do mycia i dezynfekcji butli do ssaków, mycia i dezynfekcji obuwia operacyjnego, dezynfekcji syfonów. Ponadto wykonawca zaproponował preparat Actichlor Granules, który w opisie spektrum działania posiada oznaczenia „S”, świadczące o działaniu sporobójczym.

Zamawiający wskazał również, iż nie wymagał załączenia dokładnej organizacji pracy z podziałem na jednostki organizacyjne, dni tygodnia oraz z podziałem na obsadę w ciągu dnia i nocy. Ponadto w organizacji pracy wykonawca uwzględnił wszystkie jednostki organizacyjne w szpitalu w godzinach nocnych od 19.00 do 7.00 od poniedziałku do niedzieli - 7 dni w tygodniu. Dwie osoby pełnią dyżur nocny interwencyjny, na telefoniczne wezwanie.

Zamawiający uznał ponadto, iż brak w wykazie wózków do przewozu bielizny jest jego ewidentnym błędem. Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia wymaganego dokumentu. W tym zakresie zamawiający uznał racje protestujących. Co do wykazu wszystkich pracowników i ich kwalifikacji (w tym również kierownika obiektu) zamawiający dopuścił złożenie takowego wykazu najpóźniej w dniu podpisania umowy.

W zakresie stawek VAT każdy z wykonawców przedłożył stosowne dokumenty na potwierdzenie zastosowania przez siebie właściwej stawki VAT, co zamawiający przyjął jako dostateczne wyjaśnienia. Zamawiający wskazał również, iż zgodnie z wzorem umowy oferowana cena jest ceną ryczałtową i przyjmuje się ją za prawidłowo podaną bez względu na sposób jej obliczania.

W zakresie wadliwego zastrzeżenia przez „Niro” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający stwierdził, iż jeżeli wykonawca błędnie zastrzegł informację, jako tajemnicę przedsiębiorstwa to zamawiający ma obowiązek ją ujawnić nie odrzucając oferty, a odtajnienie oferty jest jedynym skutkiem nieprawidłowego zastrzeżenia zawartych w niej danych. Zamawiający uznał, że szkolenia pracowników są informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa, a wskazany zarzut jest bezzasadny.

W zakresie wadliwej oceny oferty w podkryterium posiadania certyfikatu ISO 9001:2000, zamawiający dokonał właściwej oceny przyznając 3 punkty, gdyż „Niro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie wykazała, że wdraża system. W zakresie braków w wykazie sprzętu polerki i froterki zamawiający stwierdził, iż wykaz sprzętu zawiera wymagany przez zamawiającego sprzęt, a oferta zawiera wszystkie wymagane dokumenty.

Ponadto zamawiający wskazał, iż ocena oferty protestującej jest zgodna z punktacją zawartą w siwz i protestująca uzyskała 9 punktów.

Zamawiający oddalił w całości protest Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż protestująca na zasadzie wymagań zawartych w siwz była zobowiązana złożyć plan szkoleń personelu. Protestująca takiego dokumentu nie złożyła, a jej argumentacja nie przekonała zamawiającego tym bardziej, iż zastrzegł, że uzyskanie w tym kryterium 0 punktów powoduje odrzucenie oferty. Plan szkoleń nie mógł

być uzupełniony, dlatego w tym stanie rzeczy należało odrzucić ofertę, jako niezgodną z siwz.

Zamawiający również oddalił w całości protest „Niro” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie.

W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, iż w zakresie stawek VAT każdy z wykonawców przedłożył stosowne dokumenty na potwierdzenie zastosowania przez siebie właściwej stawki VAT, co zamawiający przyjął jako dostateczne wyjaśnienia. Zamawiający wskazał również, iż zgodnie z wzorem umowy oferowana cena jest ceną ryczałtową i przyjmuje się ją za prawidłowo podaną bez względu na sposób jej obliczania.

W zakresie preparatów do czyszczenia żaluzji i mebli skórzanych tapicerowanych zamawiający wskazał, iż w treści siwz brak było informacji o specjalnych wymaganiach co do sposobu czyszczenia żaluzji, w związku z czym można było przyjąć, iż zastosowane mogą być zwykłe środki o neutralnym działaniu. Zapis o myciu mebli skórzanych i tapicerowanych znalazł się w kolumnie opisanej, jako „mycie” co jednoznacznie wskazuje, że nie jest wymagana konserwacja tych powierzchni i mogą tu być stosowane zwykłe środki o neutralnym działaniu. Ponadto wykonawca wskazał, że zaproponowane przez nich środki można stosować do czyszczenia żaluzji. Protestująca mogła również w razie wątpliwości zadać pytanie zamawiającemu.

Od oddalenia protestu przez zamawiającego Konsorcjum „Impel Cleaning” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu złożyło odwołanie i wniosło o nakazanie zamawiającemu uchylecia czynności wyboru oferty ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, jako najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu wykluczenia wybranego wykonawcy, nakazanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, nakazanie wykluczenia wykonawcy „Niro” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, nakazanie odrzucenia oferty tegoż wykonawcy oraz nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł wszystkie zarzuty i żądania wymienione w proteście.

Od oddalenia protestu przez zamawiającego Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie również złożyła protest, w którym wniosła o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty odwołującej oraz nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołująca podniosła wszystkie zarzuty i żądania wymienione w proteście.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło Konsorcjum „Impel Cleaning” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, spółka ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz „Niro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie - wszyscy po stronie zamawiającego.

Wskazane odwołania zostały rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą łącznie.

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła oba odwołania i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

W uzasadnieniu wyroku skład orzekający Izby ustalił, iż obaj odwołujący mają interes prawny, uprawniający do złożenia protestu i odwołania.

Skład orzekający Izby uznał za zasadny zarzut niezgodności treści oferty wybranego wykonawcy ISS Facility Services Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie z treścią siwz. Odnosząc się do zagadnienia nie uwzględnienia przez wybranego wykonawcę w planie higieny czynności dodatkowych skład orzekający Izby stwierdził, iż plan higieny nie był dokumentem wymienionym w siwz, a więc nie był dokumentem jaki mają dostarczyć wykonawcy uczestnicząc w przedmiotowym postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niniejszy dokument stanowił tylko i wyłącznie podstawę do oceny w ramach kryterium „Gwarancja jakości świadczonej usługi”, jako pierwsze z trzech punktowanych podkryteriów, a nie do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jediną konsekwencją przedłożenia nieakceptowanego planu jest uzyskanie 0 pkt. Ponadto brak jest w siwz jakiegokolwiek zapisu nakazującego przedłożenie planu higieny identycznego w swej treści z treścią dodatku nr 1 do siwz. Nie chodziło w tym wypadku o ocenę zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko, zdaniem Izby, znajduje potwierdzenie w fakcie, iż w formularzu ofertowym wykonawca oświadczył, że przedmiot oferty jest zgodny z przedmiotem zamówienia oraz że zapoznał się z postanowieniami siwz i przyjmuje je bez zastrzeżeń. Ponadto wykonawca przedłożył plan higieny zawierający w swej treści zapisy świadczące w sposób pośredni o uwzględnieniu kwestionowanych czynności dodatkowych: wykazano preparat Sekusept Pulver Clasic, jako środek stosowany do mycia i dezynfekcji butli do ssaków, mycia i dezynfekcji obuwia operacyjnego, dezynfekcji syfonów.

Względem kwestionowanego preparatu Actichlor Granules, skład orzekający Izby stwierdził, że w wykazie środków dezynfekujących oraz w opisie spektrum działania nie wynika, że preparat nie miał działania sporobójczego. Ponadto z ulotki producenta preparatu i oznaczenia „S” wynika okoliczność działania sporobójczego zaoferowanego preparatu.

Odnosząc się do nieprawidłowego obłożenia personelem sprzątającym oddziałów zamawiającego, wynikającego z „Godzinowego wykazu pracy w jednostkach organizacyjnych”, skład orzekający Izby stwierdził bezspornie, iż wybrany wykonawca nie zachował obowiązku utrzymania stałego personelu na Oddziale przewlekłe chorych w soboty oraz dni świąteczne. Wbrew twierdzeniom zamawiającego delegowanie interwencyjne personelu z jednej jednostki sprzątającej do drugiej nie jest dopuszczalne w soboty oraz dni świąteczne za wyjątkiem parteru Polikliniki, TK, TG. Wymagania wobec personelu zawarte w siwz z uwagi na swój przedmiotowy charakter nie dopuszczały żadnych odstępstw od jej zapisów.

Skład orzekający Izby uznał, iż wykonawcy mają obowiązek złożenia oferty ze stawką VAT, obowiązującą w dniu składania oferty. Fakt przewidywanej daty zakończenia obowiązywania określonej stawki podatku VAT - po terminie składania ofert, a przed dniem podpisania umowy, czy też w trakcie realizacji umowy - nie stanowi jednoznacznej przesłanki do zaproponowania nowej - w chwili składania ofert jeszcze nie obowiązującej - stawki.

W kwestii zarzutu wadliwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wymaganych przez zamawiającego dokumentów, skład orzekający Izby stwierdził, iż jest on bezzasadny. Zastrzeżenie części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Jedinym skutkiem jest odtajnienie powyższych danych. Ponadto przedmiotowe dane umieszczone są w części jawnej oferty.

W przedmiocie braku w wykazie sprzętu i środków transportu polerki i froterki skład orzekający Izby nie dopatrzył się naruszenia zamawiającego. Wskazany wykaz miał zostać przedłożony w celu potwierdzenia przez wykonawcę „dysponowania potencjałem technicznym do wykonania zamówienia”. Na stronie 47 oferty wykonawca wykazał wymagany sprzęt, a odwołujący nie wykazał, iż polerki i szlifierki są niezbędne do wykonywania usług porządkowych na powierzchni akrylowej.

Odnosnie zarzutu wadliwej oceny oferty w podkryterium posiadania certyfikatu ISO 9001:2000 skład orzekający Izby uznał niniejszy zarzut za niezasadny. Wykonawca załączył na stronie 69 oferty zaświadczenie, z którego wynika, iż jest w fazie przygotowywania wdrażania systemu zarządzania jakością dla usług porządkowo czystościowych na zgodność z wymaganiami PN-EN ISO 9001:2001. Powyższe zgodnie z przyjętą punktacją uprawnia do

przyznania w tym kryterium 3 pkt.

Ponadto wykonawca miał wykazać, iż ma do dyspozycji osoby legitymujące się odpowiednim doświadczeniem i kwalifikacjami, w tym w szczególności posiadaniem co najmniej 3 certyfikatów uzyskanych w okresie ostatnich 2 lat, dotyczących szkoleń z zakresu utrzymania higieny, zakażeń w placówkach opieki zdrowotnej. Stosowne dokumenty zostały przedłożone na str. 47-57 oferty. Przedmiotowy warunek został zatem spełniony.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równego traktowania wykonawców, skład orzekający Izby uznał za zasadny. Według KIO zapisy siwz dopuszczają, bowiem możliwość, iż w ramach oceny dokonywanej przez zamawiającego w kryterium "Gwarancja jakości świadczonej usługi" więcej niż jedna ze złożonych ofert otrzyma maksymalną liczbę punktów. Powyższe nie jest uwarunkowane punktacją uzyskaną w pozostałych dwóch kryteriach.

Zarzut odrzucenia oferty drugiego odwołującego Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie skład orzekający Izby uznał za zasadny, ponieważ jednym z kryteriów oceny ofert jest "Gwarancja jakości świadczonej usługi", składająca się z trzech punktowanych podkryteriów: 1) planu higieny, 2) doboru środków czystościowo-dezynfekcyjnych, sprzętu proponowanego do użycia, 3) planu szkoleń personelu. Zamawiający powinien zatem dokonać oceny całego powyższego kryterium, a nie jakiegoś elementu. W odniesieniu do drugiego odwołującego miało miejsce złożenie rocznego planu szkoleń personelu. Zamawiający do oferty dołączył dodatek zawierający minimalne wymogi odnośnie planów szkoleń pracowników, które będą wdrożone i stosowane w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Brak jest w siwz zapisu mówiącego, że złożenie przedmiotowego dodatku nie stanowi złożenia rocznego planu szkoleń personelu. Drugi odwołujący spełnił zatem powyższy wymóg. Jeżeli zamawiający uznałby, iż złożony roczny plan szkoleń personelu jest nie akceptowany przez niego to drugi odwołujący powinien dostać 0 pkt, nie może to stanowić podstawy odrzucenia jego oferty. Odrzucenie oferty będzie miało miejsce wtedy, jeżeli wykonawca uzyska 0 pkt. w całym kryterium "Gwarancja jakości świadczonej usługi", a nie tylko w jakiejś jego części.

Na przedmiotowy wyrok Konsorcjum „Impel Cleaning” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu złożyło skargę i wniosło o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej odwołania skarżącego poprzez uwzględnienie w całości odwołania skarżącego w zakresie żądania wykluczenia wykonawcy „Niro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie oraz o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej odwołania Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie poprzez oddalenie w całości jej odwołania.

W uzasadnieniu skarżący podniósł przedstawiane zarówno w proteście jak i w odwołaniu argumenty związane z wadliwym zastrzeżeniem, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaganych przez zamawiającego dokumentów dotyczących informacji o szkoleniach. Zdaniem skarżącego KIO nie rozstrzygnęła w wyroku czy dokonane zastrzeżenie części oferty jest zasadne czy nie.

Skarżący ponownie podniósł, iż wykonawca nie umieścił w wykazie sprzętu na stronie 47 polerki i szlifierki oraz że wykonawca nie wykazał, iż ma do dyspozycji osoby legitymujące się odpowiednim doświadczeniem i kwalifikacjami. Zdaniem skarżącego przyjęcie, iż załączone do oferty certyfikaty potwierdzają spełnianie przez określoną osobę określonych warunków jest nieuzasadnione. Wskazane certyfikaty nie precyzują bowiem w żaden sposób, iż odbyte szkolenia z zakresu higieny i sprzątnia dotyczyły obiektów szpitalnych tak jak wymagał tego zamawiający.

Skarżący wskazał ponadto, iż oferta Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie została słusznie odrzucona przez zamawiającego z uwagi na to, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz (brak dołączenia planu szkoleń). Skarżący nie zgodził się z twierdzeniem KIO, iż nie sposób uznać, aby zamawiający nie żądał w siwz przedłożenia do oferty rocznego planu szkoleń. Zdaniem skarżącego nie sposób uznać, aby dokonując oceny złożonych ofert zamawiający zamierzał oceniać przygotowany przez samego siebie załącznik i przydzielać w

odpowiednim podkryterium punkty z tej oceny. Według skarżącego treść oferty nie odpowiada treści siwz.

Skarżący zarzucił ponadto orzeczeniu KIO brak wskazania przyczyn, dla których skład orzekający KIO nie dał wiary i odmówił wiarygodności i mocy dowodowej dowodom przedstawionym przez Skarżącego; zaniechanie wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy; dopuszczenie i uznanie za wiarygodną wyłącznie dokumentacji dowodowej, wskazanej przez odwołującego Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie i wykonawcy „Niro” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie. Ponadto skarżący wskazał, iż uzasadnienie stanowiska KIO jest bardzo lakoniczne, brak jest w nim przytoczenia podstaw prawnych i motywów podjęcia decyzji zawartej w wyroku. Według skarżącego skład orzekający Izby w sposób wybiórczy, subiektywny i nieuzasadniony dokonał wyboru przesłanek uzasadniających podjęte rozstrzygnięcie, a okoliczności świadczące o odmiennym stanie faktycznym i prawnym zostały całkowicie pominięte, w tym w szczególności zarzuty skarżącego. Skarżący zarzucił orzeczeniu KIO brak wskazania faktów, które uznał za udowodnione, brak wskazania dowodów, na których oparł swój wyrok oraz brak wskazania przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej.

Zamawiający wniósł o uchylenie wyroku KIO i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku niw uwzględnienia tego wniosku o oddalenie skargi. Wskazał, że wykonawcy nie złożyli ofert ze stawką VAT obowiązującą w dniu składania ofert.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 12 września 2008 r. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” wniosła o oddalenie skargi w pkt 2, podnosząc, iż Spółdzielnia miała prawo korzystać z ochrony prawnej, a treść jej oferty odpowiada siwz w części dotyczącej planu szkoleń w załączniku nr 1 wraz z oświadczeniem o zobowiązaniu się do jego wypełnienia.

Ponadto Spółdzielnia wniosła o oddalenie wniosku zamawiającego o unieważnienie postępowania i wskazała, że przedmiotem postępowania jest skarga, a zamawiający na tym etapie postępowania nie ma inicjatywy do składania wniosku o unieważnienie postępowania. Spółdzielnia podniosła, iż oferty nieważne winny być odrzucone, odrzucenie nie leży w gestii Sądu i nie ma możliwości unieważnienia postępowania.

Zamawiający podniósł, iż stawka VAT na dzień składania ofert była niezgodna z prawem i wskazał, iż Sąd winien przywrócić z urzędu stan zgodny z prawem w przypadku nieważności postępowania.

Sąd Okręgowy zważył:

Zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej podlegał uchyleniu, a postępowanie o udzieleniu zamówienia unieważnieniu.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie zostały złożone oferty co najmniej przez dwóch wykonawców niepodlegających wykluczeniu;

- 4) cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;
- 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 7) postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazany przepis zawiera skończony katalog przesłanek, zobowiązujących do obligatoryjnego unieważnienia postępowania. W pkt 1 wskazanego przepisu, jako przesłankę obligującą do unieważnienia postępowania wskazano sytuację, w której nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a więc - *a contrario* - również w przypadku, gdy złożono wszystkie oferty podlegające odrzuceniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny;
- 7) wykonawca w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Wskazany katalog przesłanek odrzucenia oferty jest katalogiem zamkniętym, co oznacza, że podstawą prawną tej czynności nie może być inna okoliczność niż wymieniona powyżej. W pkt 6 wskazanego przepisu, jako przesłankę odrzucenia oferty wskazano omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny. W przedmiotowej sprawie oferenci na dzień składania ofert tj. 10 kwietnia 2008 r. przyjęli nieobowiązującą na dzień składania ofert stawkę podatku VAT 7%, która obowiązywała od 1 maja 2008 r. Tymczasem, jak wynika z przepisu art. 146 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług usługa sprzątania terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych, będąca przedmiotem zamówienia winna być objęta stawką podatku VAT 3%, gdyż do dnia 30 kwietnia 2008 r. właśnie taka stawka obowiązywała. Wykonawcy powinni ustalić odpowiednią stawkę podatku na podstawie obowiązujących przepisów podatkowych (por. wyrok ZA z 6 lipca 2004 r., UZP/ZOZO-1006/04), a nie przepisów, które będą obowiązywać w przyszłości lub za jakiś czas. Poprzez przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT oferenci popełnili bezspornie błędy w obliczeniu ceny. Takich uchybień zamawiający nie mógł poprawić i powinien ofertę odrzucić. Bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty jest przyjęcie niewłaściwej stawki VAT.

Skoro, jak wykazano, wszystkie złożone oferty zawierały błędy w obliczeniu ceny i podlegały odrzuceniu zamawiający winien obligatoryjnie unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie zamawiający zaniechał unieważnienia

postępowania, oferent złożył protest a następnie odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Sąd Okręgowy, rozpoznając wniesioną skargę, stwierdził wystąpienie okoliczności uzasadniającej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w postaci złożenia wszystkich ofert podlegających odrzuceniu, wobec powyższego uchylił zaskarżony wyrok i unieważnić postępowanie o udzieleniu zamówienia (por. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2005 r., sygn. akt III CZP 78/04).

W przedmiocie kosztów Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z art. 100 k.p.c. i zniósł wzajemnie koszty procesu, gdyż uznał, iż uchylając zaskarżony wyrok i unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia żadna ze stron postępowania nie wygrała procesu i nie jest uprawniona do otrzymania zwrotu jego kosztów.

SSO Barbara Przybyła SSO Leszek Guza SSO Katarzyna Żymelka

Na oryginale
właściwe podpisy