

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 stycznia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu, IV Wydział Gospodarczy w składzie następującym:
Przewodniczący: **SSO Adam Bąk** (spr)

Sędziowie: **SO Wojciech Paluch, SO Marek Nowak**
Protokolant: pom.sekr.sąd. Małgorzata Warzycka

po rozpoznaniu w dniu 16 stycznia 2009 r. na rozprawie sprawy
Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie przeciwko Samodzielnemu
Publicznemu Zespołowi Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowego Szpitala
Specjalistycznego w Stalowej Woli z udziałem Konsorcjum firm: Impel Cleaning
Sp. z o.o. we Wrocławiu, Hospital Serwis Sp. z o.o. we Wrocławiu na skutek skargi
Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie od wyroku Krajowej Izby
Odwoławczej z dnia 20 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP1243/08

skargę oddala.

OoA

Sygn. akt IV Ga 39/08

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 20 listopada 2008 r. Krajowa Izba
Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego
przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie od
rozstrzygnięcia przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny
Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowy Szpital
Specjalistyczny w Stalowej Woli protestu z dnia 9 października
2008 r. oddalił odwołanie i kosztami postępowania obciążył
Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie. Postępowanie

toczyło się z udziałem konsorcjum firm: „IMPEL CLEANING” Sp. z o.o. we Wrocławiu; „Hospital Serwis” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Rozstrzygając o powyższym Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowy Szpital Specjalistyczny w Stalowej Woli prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całodobowe utrzymanie czystości i świadczenie transportu wewnątrzszpitalnego oraz innych usług towarzyszących w obiektach Powiatowego Szpitala Specjalistycznego w Stalowej Woli.

W postępowaniu złożono dwie oferty, które uzyskały następującą punktację, przy zastosowaniu jednego kryterium oceny ofert - ceny o znaczeniu 100%. Skarżący zaproponował cenę 235.515,86 zł miesięcznie i uzyskał drugie miejsce, natomiast konsorcjum firm: „IMPEL CLEANING” Sp. z o.o. we Wrocławiu; „Hospital Serwis” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zaproponowało cenę 230.545,60 zł i uzyskało pierwsze miejsce.

W dniu 10 października 2008 r. skarżący złożył protest na wybór najkorzystniejszej oferty, który to protest został pismem z dnia 17 października 2008 r. oddalony w całości. W uzasadnieniu zamawiający, odnosząc się do uzasadnienia protestu, wskazał iż czynności w zakresie prania nakładek i ściereczek nie będą wykonywane przez podwykonawców a przez pomocników wykonawcy, którzy w postępowaniu nie uczestniczą i przez to nie było obowiązku określenia tych podmiotów z góry. Względem zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający stanął na stanowisku, że kwota jaką podał bezpośrednio przed otwarciem ofert nie musiała być tożsama z kwotą, którą może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Od takiego załatwienia protestu Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie wniosła odwołanie zarzucając naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art. 93 ust. 1 pkt 4 i nie unieważnienie postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 przez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy konsorcjum firm: „IMPEL CLEANING” Sp. z o.o. we Wrocławiu; „Hospital Serwis” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i zaniechanie odrzucenia jego oferty,
- naruszenie art. 7 ust. 1, 2 i 3.

Wskazując na powyższe autor odwołania domagał się:

- uchylecia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty,
- wykluczenia „IMPEL CLEANING” Sp. z o. o. we Wrocławiu; „Hospital Serwis” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- nakazania zamawiającemu dokonania powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej,
- unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rozpoznając to odwołanie negatywnie Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, iż nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, odwołujący bowiem nie wykazał by konsorcjum uczestniczące w postępowaniu lub jego pracownicy brali udział w jakichkolwiek czynnościach przygotowawczych postępowania przetargowego. Poza tym przyjęto, że pranie nakładek i ściereczek nie stanowi czynności podwykonawczych, gdyż utrzymywanie w czystości i w odpowiednim stopniu zdezynfekowania nakładek i ściereczek oraz innych urządzeń jest czynnością wykonawcy realizującego zamówienie nie objętą przedmiotem prowadzonego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała także, że zarzut nie zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie potwierdził się, gdyż odwołujący nie wykazał, że zamawiający nie ma możliwości sfinansowania zamówienia. Wprawdzie wybrana oferta przekroczy kwotę zadeklarowaną przed otwarciem ofert, ale zamawiający złożył oświadczenie, z którego wynika możliwość zwiększenia środków finansowych na ten cel.

Od tego wyroku Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie złożyła skargę z zarzutami:

1. naruszenia art. 93 ust. pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwą jego interpretację i nieuprawnione przyjęcie gdyż nie podlega on zastosowaniu w rozpoznanej sprawie,
2. naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego nie zastosowanie,
3. naruszenia art. 7 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie przyjęcie, iż zamawiający działał wbrew powyższym przepisom,
4. naruszenia art. 188 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z nie dokonaniem wszechstronnego rozważenia zebranego materiału i pominięcie istotnych argumentów z tego odwołania.

Skarżący w konsekwencji domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania według przypisanych norm. Niezależnie od tego skarga zawierała wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentów.

Sąd Okręgowy uznał to odwołanie za nie usprawiedliwione.

Zarzut oparty na naruszeniu art. 7 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie został w żaden sposób uzasadniony i przez to nie mógł być podstawą do uwzględnienia skargi. Z przywołanego przepisu wynika, że czynności i postępowania obejmujące przygotowanie i prowadzenie przetargu winny wykonywać osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm, co w sprawie nie zostało podważone. W szczególności uczestnik przetargu niezadowolony z jego wyniku nie wskazał, która z osób uczestniczących w postępowaniu i przez jakie działania cechy

wymagane ustawą naruszyła.

Na tle zarzutu naruszenia art. 7 ust 2 i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych skarżący przytoczył sekwencję zdarzeń poprzedzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, która znajduje potwierdzenie w materiale dowodowym zebranym przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak również rozpoznający skargę Sąd Okręgowy.

Otóż wynika z tego materiału dowodowego, że jeszcze w 2007 r. zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Skarżący: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie złożyła najkorzystniejszą ofertę, ale zamawiający 4 stycznia 2008 r. postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych unieważnił. Odwołanie w tym przedmiocie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone w 18 lutego 2008 r. Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu skargę w tej sprawie wyrokiem 18 kwietnia 2008 r. również oddalił.

Poza tym zamawiający w dniu 1 marca 2008 r. zawarł z konsorcjum firm „IMPEL CLEANING” Sp. z o.o. we Wrocławiu; „Hospital Servis” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu umowę o usługi utrzymania czystości i transportu wewnątrzszpitalnego w obiektach Powiatowego Szpitala Specjalistycznego w Stalowej Woli po przeprowadzeniu negocjacji (k.47-57). Umowa została zawarta na okres od 1 marca 2008 r. do czasu rozstrzygnięcia procedury przetargowej na ten sam rodzaj usług. Wynagrodzenie ustalono netto na 194.500 zł, a brutto 222.313,50 zł, czyli więcej niż to wynika z unieważnionego przetargu.

Ostatni z poprzedzających przetargów zakończony został unieważnieniem na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2008 r. na skutek odwołania wniesionego przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie. Podstawą tego rozstrzygnięcia było uznanie, iż odrzucenie oferty tejże spółdzielni z uwagi na to, iż preparat wskazany w ofercie nie jest preparatem do szybkiej dezynfekcji nie miało usprawiedliwienia skoro zamawiający takiego wymogu w specyfikacji nie postawił. Inną podstawą było ustalenie, że odrzucenie oferty w wyniku nie wskazania preparatu do krystalizacji posadzek było bezpodstawne.

Następstwo zdarzeń wyżej przedstawiona może rodzić podejrzenie co do tego czy zamawiający poprzez unieważnienie dwóch kolejnych przetargów nie działał z góry powziętym założeniem. Rozstrzygając o tym w ramach zgłoszonego zarzutu, należało przyjąć w pierwszej kolejności, że każde z dwóch postępowań wyżej wskazanych było przedmiotem badania Krajowej Izby Odwoławczej i w jednym z nich doszło do kasacji postępowania, a w innym brak było dowodów na naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego. W istocie zatem można uczynić zarzut tylko za działania zamawiającego w jednym z tych postępowań z tym, że nie doprowadziły one do zawarcia umowy.

Po wtóre należy mieć na uwadze, że ostatecznie przyjęte za błędne stanowisko zamawiającego w postępowaniu, które zostało uchylone, nie można z góry uznać za działania celowe na bezpodstawne wyeliminowanie skarżącego. Jeżeli więc w bieżącym postępowaniu wad nie stwierdzono, a skarżący zaproponował ofertę mniej korzystną dla zamawiającego to trudno przyjąć za pewnik, który stanowiłby podstawę rozstrzygnięcia, że osoby

przygotowujące oraz prowadzące postępowanie o udzielenie zamówienia były stronne i nieobiektywne. Z braku argumentów w tym kierunku zarzut należało uznać za niewystarczający.

Nie ma też podstaw, by naruszony został przywołany przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie art. 7 ust. 3 Prawo zamówień publicznych. Argumentacja przytoczona przez Krajową Izbę Odwoławczą względem znaczenia i możliwości zastosowania przepisów ustawy 86 ust. 3 i 93 ust. 1 pkt 4 oraz pkt 7 zasługuje na pełną aprobatę i brak jest podstaw do przyjęcia, że te przepisy w postępowaniu zostały naruszone. W konsekwencji za nieusprawiedliwiony należało przyjąć zarzut oparty na naruszeniu art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych należy zwrócić uwagę, że w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia w rozumieniu tego przepisu odpowiada kwocie wynikającej z możliwości finansowych zamawiającego. Pogląd ten wynika nie tylko z literalnego brzmienia przepisu ustawy, ale także z zasad logiki; zamawiający nie mający możliwości pokrycia należności wynikających z zamówienia opartego na najkorzystniejszej ofercie, nie może kontynuować procesu zawierania umowy bo nie jest w stanie jej wykonać. W konsekwencji posiada uprawnienie do unieważnienia postępowania.

Takiej sytuacji w rozpoznawanej sprawie nie było bo zamawiający wyjaśnił jak chce pokryć różnice między tym co zaoferował na wstępie na świadczenie w ramach wykonania umowy, a tym co zaoferował w najlepszej ofercie wykonawcy. Podany przez zamawiającego sposób sfinansowania tej różnicy ma cechy rzetelności i realnie odnosi się do powstałego zagadnienia finansowego. Nie było więc podstaw do tego aby podważyć stanowisko, z którego wynikało, że chce on brakujące środki w okresie trzyletnim zaoszczędzić po to by jednak zawarcie umowy doszło do skutku.

Inne znaczenie ma przepis art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych; przepis ten zobowiązuje zamawiającego do podania przed otwarciem ofert kwoty jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Ustawodawca użył w tym przypadku pojęcia „zamierza przeznaczyć” po to by odróżnić opisaną w art. 86 ust. 3 sytuację od sytuacji opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Deklaracja o zamiarze przeznaczenia pewnej kwoty na realizację zamówienia ma wiążący charakter w sytuacji gdyby zamawiający chciał obniżyć poziom świadczenia. W rozpoznawanej sprawie tymczasem sytuacja była odmienna i pierwotna deklaracja (przed otwarciem ofert) możliwa była do zmiany. W takiej sytuacji kiedy na skutek prognoz odnośnie drogi sfinansowania zamówienia, zamawiający widzi możliwości realizacji najkorzystniejszej oferty, nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania.

Prawo zamówień publicznych przewiduje też unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zarzut naruszenia przepisu regulującego tę kwestię został przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie powołany, lecz nie zawiera on bliższego

uzasadnienia. Skarga zawiera wprawdzie wskazanie na art. 146 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale fakty które wskazywałyby na nieważność jeszcze nie zawartej umowy z tych przyczyn w sprawie nie zostały przytoczone. Brak jest w tych okolicznościach podstaw do wnioskowania o tym, iż umowa która ma być w przyszłości zawarta będzie nieważna. Wobec tego nie ma też podstawy do wniosku, że w ramach art. 93 ust. 1 pkt. 7 zamawiający obowiązany był do dostrzeżenia podstawy unieważnienia, jak również by istnienie tej powinności było po stronie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosnie oceny materiału dowodowego i wniosków jakie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza przyjąć należało, że zgłoszony zarzut również nie ma usprawiedliwienia. Analiza którą przeprowadził ten organ była wystarczająca, uwzględniła wszystkie aspekty faktyczne i wykazuje logikę. W błędzie jest skarżąca twierdząc że rzetelna analiza „sprawy” prowadziłyby do odmiennych wniosków, a zwłaszcza że czynności zamawiającego były niezgodne z przepisami, w szczególności w zakresie konkurencji i równego traktowania. Na ten wniosek nie naprowadza ten materiał, który jest związany z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia. W materiale tym brak jest dowodu na to, aby został naruszony jakikolwiek przepis ustawy prawo zamówień publicznych lub ustaw regulujących zasady konkurencji. Inne materiały; te które dotyczą poprzednio przeprowadzonych postępowań nie są również wystarczające do poczynienia sugerowanego ustalenia a w konsekwencji do przyjęcia wniosków zawartych w skardze.

Powyższe względy, przytoczone przepisy, art. 198 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych prowadziły w konsekwencji

do rozstrzygnięcia jak w wyr¹¹