

, "X

Sygn. akt XIX Ga 258/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lipca 2008 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Blanka Zorębska (spr.)

Sędziowie: SSO Grażyna Jeziorowska

SSO Dariusz Chrapoński

Protokolant: sekr. sądowy Anna Skrzypek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2008 r. w Katowicach

sprawy z odwołania Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie
przeciwko Zespołowi Opieki Zdrowotnej w Pszczynie

przy udziale przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego

Konsorcjum IMPEL CLEANING Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we
Wrocławiu, HOSPITAL SERWIS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we
Wrocławiu
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi przystępującego do postępowania

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 7 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/382/08

zmienia zaskarżony wyrok w pkt. I w ten sposób, że odwołanie
Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie odrzuca.

Na oryginale

zgoiwo&ć z o

stwierdź

■'we podpisy

Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 7.05.2008r. wydała wyrok, którym uwzględniła odwołanie Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert, a kosztami postępowania obciążyła zamawiającego tj. Zespół Opieki Zdrowotnej w Pszczynie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zostało ogłoszone przez zamawiającego Zespół Opieki Zdrowotnej w Pszczynie pod nazwą „Świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Zespołu Opieki Zdrowotnej w Pszczynie”.

Zamawiający pismem z dnia 2.04.2008r. poinformował wykonawców tj. między innymi Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie oraz Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu (lider konsorcjum) oraz Hospital Serwis Sp. z o.o. we Wrocławiu o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu wszystkich ofert. Odrzucenie oferty Konsorcjum nastąpiło z przyczyny niezgodności jej treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), bowiem zaofertowany dla strefy III i IV (strefy wysokiego ryzyka) przez Konsorcjum środek dezynfekujący o nazwie DES AM OX 2% nie odpowiada treści SIWZ.

Z tym stanowiskiem nie zgodziło się Konsorcjum i w dniu 10.04.2008r. wniosło protest w którym zarzuciło naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust.1 i 3; art.89 ust.1 pkt 2 oraz art.93 ust.1 pkt 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych i domagało się: uchylenia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, uchylenia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

Wskazał nadto, iż zaofertowany przez niego preparat DESAM OX 2% spełnia wymagania określone w SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 11.04.2008r. wezwał wykonawców do przystąpienia do opisanego protestu.

W dniu 14.04.2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpiła Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i wniosła o uwzględnienie protestu Konsorcjum w części tj. w zakresie czynności unieważnienia postępowania, a w pozostałym zakresie wniosła o jego oddalenie. Spółdzielnia zarzuciła, iż unieważnienie postępowania nastąpiło z naruszeniem art.93 ust.1 pkt 1 Ustawy, bowiem mimo odrzucenia oferty Konsorcjum w postępowaniu była złożona jedna ważna oferta Spółdzielni, która uczestniczyła w innym postępowaniu odwoławczym, które w dniu 20.03.2008r. nie zostało prawomocnie rozstrzygnięte gdyż Spółdzielnia wniosła skargę do Sądu Okręgowego w Katowicach. Zatem do czasu rozpoznania tej skargi oferta Spółdzielni jest ważna i winna być brana pod rozwagę przy rozstrzyganiu przedmiotowego postępowania.

Spółdzielnia jednocześnie podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż oferta Konsorcjum winna podlegać odrzuceniu ze względu na nie spełnienie przez ofertę tego podmiotu wymogów SIWZ.

Zamawiający protest rozstrzygnął w dniu 17.04.2008r. uwzględniając go w całości.

Z tym rozstrzygnięciem nie zgodziła się Spółdzielnia i wniosła odwołanie w dniu

22.04.2008r., w którym zarzuciła naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych i żądała oddalenia protestu.

Pismem z dnia 25.04.2008r. Zamawiający odnosząc się do wniesionego odwołania domagał się wykluczenia Spółdzielni z postępowania przetargowego i odrzucenia jej oferty na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy; odrzucenia jej odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Ustawy; umorzenia postępowania oraz obciążenia Spółdzielni w całości kosztami postępowania. Konsorcjum wskazało, iż z dniem 20.04.2008r. wygasło wadium ustanowione przez Spółdzielnię, która nie wniosła nowego ani też nie przedłużyła ważności złożonego wadium. W dniu 6.05.2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum domagając się odrzucenia odwołania na podstawie art. 84 ust. 4 pkt 3 Ustawy, bowiem odwołanie zostało wniesione przez nieuprawnioną podmiot, którego oferta została odrzucona na posuwie wyroku KIO z dnia 20.03.2008r., co oznacza, iż nie ma on interesu prawnego w podważaniu poprawności ofert konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza podała, iż szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia stanowi równowartość 1.143.385,77euro oraz wskazała, iż w treści SIWZ Zamawiający zawarł definicje pojęć: dezynfekcja powierzchni, dezynfekcja niskiego stopnia i dezynfekcja wysokiego stopnia oraz wymogów dla preparatu do inaktywacji materiału biologicznego. Nadto KIO przypomniało, iż w przedmiotowym zamówieniu publicznym prowadzone było już jedno postępowanie zainicjowane protestem Konsorcjum od dokonanego w dniu 11.02.2008r. wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty Spółdzielni. Zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza, iż w dacie orzekania w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy w Katowicach nie orzekł o skardze wniesionej w pierwszym postępowaniu przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie.

Zwróciła uwagę KIO, iż Spółdzielnia złożyła wadium w formie gwarancji bankowej ważne do dnia 16.04.2008r. oraz, iż w dniu 7.03.2008r. Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia ważności wadium albo też wniesienia nowego na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

W odpowiedzi Spółdzielnia zadeklarowała przedłużenie wadium, jednak dokument potwierdzający fakt przedłużenia wadium na dalszy okres tj. aneks nr 1 do umowy gwarancji nr 1/2008 z dnia 3.01.2008r. przedłużający termin ważności gwarancji do 16.05.2008r. przesłany został faksem dopiero w dniu 6.05.2008r.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, bowiem nie został jeszcze skutecznie odrzucony z postępowania skoro postępowanie skargowe zainicjowane skargą z dnia 20.03.2008r. wniesioną przez Spółdzielnię do dnia orzekania w niniejszej sprawie nie zostało zakończone, bowiem Sąd Okręgowy nie wydał w tamtej sprawie wyroku. Nie zostało, zatem przesądzone czy oferta Spółdzielni powinna być odrzucona, a do tego czasu oferta ta funkcjonuje w postępowaniu. Zwróciła również uwagę Krajowa Izba, iż oferta odwołującego została zabezpieczona wadium, bowiem aneks został zawarty na dalszy okres, natomiast nie powiadomienie o tym Zamawiającego nie może być traktowane na równi z nie przedłużeniem wadium. Sam dokument gwarancji dla dochodzenia roszczeń z tytułu zobowiązania bankowego nie jest niezbędny.

Zamawiający w pkt 1.8 str. 8 SIWZ określił, o jakie spektrum działania mu chodzi przy ochronie dezynfekcyjnej oraz określił wymogi dla każdego ze środków dezynfekcyjnych dotyczące działania w czasie nie dłuższym niż 15 minut. Z oferty Konsorcjum wynika, iż środek o nazwie DES AM OX 2% działa w czasie powyżej 15 minut na HBV/HIV, wirus adeno, M. Tuberculosis i M. avium, a z informacji producenta środka wynika, iż czyszczenie i dezynfekcja z podwyższonym obciążeniem biologicznym wymaga rozcieńczenia 2% i czasu działania 30 minut. Zatem Zamawiający prawidłowo dokonał czynności badania i oceny ofert i zasadnie odrzucił ofertę Konsorcjum uznając sprzeczność jej treści z treścią SIWZ na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W ocenie KIO Zamawiający nie prawidłowo natomiast rozstrzygnął protest Konsorcjum, a biorąc pod uwagę, iż równocześnie z czynnością rozstrzygnięcia protestu Zamawiający dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym powiadomił wykonawców ogłoszeniem o wyniku postępowania naruszony został art. 89

ust 1 pkt 2 Ustawy, dlatego nakazano ponowne badanie ofert i ich ocenę.

O kosztach postępowania orzeczono na mocy art.191 ust.6 i 7 Ustawy.

Skargę na powyższe orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wniosło Konsorcjum, domagając się jego zmiany w całości i odrzucenia lub oddalenia odwołania Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie w całości oraz zasądzenia od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skarżący zarzucił naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych tj. art.179 ust.1 przez błędne uznanie, że Spółdzielnia w dniu składania protestu miała interes prawny w uzyskaniu zamówienia oraz składaniu środków ochrony prawnej; art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a przez błędne uznanie, że Spółdzielnia nie została jeszcze skutecznie odrzucona z postępowania, gdyż złożyła skargę na wyrok KIO z dnia 20.03.2008r.wydany w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 205/08 oraz art.24 ust.2 pkt 4 przez błędne uznanie, że Spółdzielnia, która nie wniosła nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą jest podmiotem uprawnionym do składania środków ochrony prawnej.

Skarżący zarzucił również naruszenie przepisów procesowych Ustawy Prawo Zamówień Publicznych mające istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 187 ust.4 pkt 3 przez zaniechanie odrzucenia odwołania Spółdzielni, mimo że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony; art. 192 ust.2 w zw. z art. 188 ust.7 polegające na braku w zaskarżonym wyroku wskazania przyczyn dla których KIO nie dała wiary oraz odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej dowodom przedstawionym przez Zamawiającego i Konsorcjum jak i na zaniechaniu wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy; art. 188 ust.7 przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów; art. 190 ust.2 przez wydanie wyroku bez rozpoznania istoty sprawy oraz art.191 ust.2 pkt 2 przez wydanie wyroku z błędną sentencją a przez to niewykonalnego.

W ocenie skarżącego oferta Spółdzielni została skutecznie odrzucona na podstawie przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiadała SIWZ na podstawie wyroku KIO z dnia 20.03.2008r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 205/08. Podkreślił skarżący, iż moment ostatecznego rozstrzygnięcia protestu jest uzależniony od wartości zamówienia oraz zaskarżenia rozstrzygnięcia. W przypadku wniesienia odwołania ostateczne rozstrzygnięcie protestu następuje z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wydania wyroku przez KIO. Zatem wniesienie skargi do Sądu pozostaje bez wpływu na możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedynie w przypadku enumeratywnie wymienionych w Ustawie zamówień obowiązują inne zasady. Jednakże przedmiotowe zamówienie ani ze względu na wartość ani przedmiot nie należą do nich.

Zwrócił uwagę skarżący, iż Sąd Okręgowy w dniu 13.05.2008r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 205/08 oddalił skargę.

Zdaniem skarżącego Spółdzielnia doręczyła aneks do umowy gwarancji bankowej dopiero w dniu 6.05.2008r. zatem wadium nie zabezpieczało oferty nieprzerwanie przez cały czas związania ofertą.

Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie w odpowiedzi na skargę wniosła o jej oddalenie i podniosła, iż faksem z dnia 15.04.2008r. powiadomiła Zamawiającego o przedłużeniu wadium, nadto po nowelizacji przepisów możliwe jest zawarcie umowy z wykonawcą, nawet przypadku nieistnienia wadium. W ocenie Spółdzielni wyrok KIO jest prawidłowy, a interes prawny winien być traktowany bardzo szeroko i przejawia się również w równym traktowaniu wykonawców uczestniczących w przetargu. Zwróciła nadto uwagę, iż uprawnienie do wykluczenia wykonawcy przysługuje tylko Zamawiającemu.

W odpowiedzi Skarżący podniósł, iż Spółdzielnia w żaden sposób nie wykazała faktu powiadomienia Zamawiającego o przedłużeniu wadium w dniu 15.04.2008r.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył:

Skargę wniesioną przez Konsorcjum Firm Impel Cleaning Spółkę z o.o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Spółkę z o.o. we Wrocławiu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie wydanego w dniu 7.05.2008r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP/382/08 należało uznać za uzasadnioną, dlatego zaskarżony wyrok podlegał zmianie w pkt. 1 w ten sposób, że odwołanie Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie podlegało odrzuceniu na mocy przepisu art. 198 ust.3 ustawy Prawa Zamówień Publicznych.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że odwołująca się Spółdzielnia Inwalidów nie wniosła protestu od ogłoszenia o wyniku zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości w obiektach ZOZ w Pszczynie w dniu 2.04.2008r. Zamawiający pismem z dnia 2.04.2008r. powiadomił wykonawców tj. Spółdzielnię Inwalidów oraz Konsorcjum Firm Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o. o odrzuceniu wszystkich ofert i unieważnieniu przetargu.

Decyzję tą oprotestowało jedynie Konsorcjum w dniu 9.04.2008r. Następnie Zamawiający pismem z dnia 11.04.2008r. zawiadomił Spółdzielnię o wniesieniu protestu przez Konsorcjum oraz na mocy art. 181 ust.3 i 4 Prawa Zamówień Publicznych wezwał wykonawców do wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu toczącym się w -wyniku wniesienia protestu. W odpowiedzi Spółdzielnia Inwalidów pismem z dnia 14.04.2008r. przyłączyła się do postępowania protestacyjnego wszczętego na skutek protestu Konsorcjum po stronie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako bezzasadnego, zaś w zakresie unieważnienia postępowania wniosła o jego uznanie i stanęła po stronie składającego protest Konsorcjum.

W wyniku rozpoznania protestu Zamawiający w dniu 17.04.2008r. wydał decyzje mocą której postanowił uwzględnić protest. Tego samego dnia Zamawiający ogłosił o wyniku postępowania przeprowadzonego na skutek uwzględnienia protestu. Wskazał Zamawiający, iż zgłoszono do postępowania jedną ważną ofertę, a dwie podlegały odrzuceniu. Wybrana została oferta nr 3 złożona przez Konsorcjum Firm Impel Clining Sp. z o.o. w Wrocławiu i Hospital Serwis Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Wyjaśnienia wymagają zatem, iż Spółdzielnia Inwalidów nie wniosła protestu, co do odrzucenia przez Zamawiającego jej oferty, a jedynie przystąpiła do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem Konsorcjum w zakresie unieważnienia postępowania. Skutkiem protestu Konsorcjum było uwzględnienie tego protestu przez Zamawiającego, jednakże jedynie odnośnie oferty protestującego Konsorcjum, natomiast oferty pozostałych wykonawców wśród nich Spółdzielni Inwalidów pozostały odrzucone.

W toku dalszego postępowania Spółdzielnia Inwalidów utraciła, zatem interes prawny do wnoszenia dalszych środków ochrony prawnej. W opisaney sytuacji odwołanie wniesione przez Spółdzielnię Inwalidów podlegało odrzuceniu na mocy przepisu art. 187 ust.4 pkt 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, bowiem zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Wadliwie Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym wyroku uznała, iż Spółdzielnia posiada nadal interes prawny we wniesieniu odwołania od rozstrzygnięcia protestu dokonanego przez Zamawiającego w dniu 9.04.2008r. Skoro bowiem Zamawiający odrzucił ofertę Spółdzielni, której to czynności Spółdzielnia nie oprotestowała decyzja ta stała się ostateczną, co skutkowało wyłączeniem Spółdzielni z dalszego toku postępowania w sprawie

przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odrębną kwestią pozostaje zarzut Konsorcjum braku prawidłowego przedłużenia przez Spółdzielnię Inwalidów wadium.

Sąd Okręgowy w niniejszym postępowaniu podziela stanowisko Sądu Okręgowego przedstawione w sprawie o sygn. akt XIX Ga 170/08 prowadzonej na skutek skargi wniesionej przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie od wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej wydanego w dniu 20.03.2008r. w sprawie dotyczącej tego samego zamówienia publicznego tj. O świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Zespołu Opieki Zdrowotnej w Pszczynie.

Podkreślić należy, iż wadium jest ściśle związane z terminem związania ofertą, związane to istnieje tak długo jak długo wykonawca udzieli ważnego wadium, które zabezpiecza ofertę (art.45 i 46 Prawa Zamówień Publicznych). Wadium winno być wniesione na cały okres związania ofertą, bowiem przedstawienie gwarancji lub poręczenia na krótszy niż wskazany przez Zamawiającego termin związania ofertą skutkować winien wykluczeniem z postępowania zgodnie z przepisem art.24 ust.2 pkt 4 Prawa Zamówień Publicznych.

Z przyczyny zawieszenia terminu związania ofertą na skutek wniesienia protestu w art.181 ust.2a Ustawy przewidziano obowiązek Zamawiającego zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie ważności wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający w niniejszym przypadku wystąpił do wykonawców w tym również do Spółdzielni Inwalidów o przedłużenie wadium. Poprzednie wadium w postaci gwarancji bankowej zostało udzielone przez wnoszącą odwołanie Spółdzielnię Inwalidów do dnia 16.04.2008r. Przedłużone wadium niewątpliwie winno zostać przedłożone Zamawiającemu najpóźniej do dnia upływu ważności poprzedniego wadium tj. do 16.04.2008r. Nie stanowi zatem spełnienia wymogu przedłużenia wadium samo uzyskanie gwarancji bankowej na dalszy okres bez przekazania tej gwarancji Zamawiającemu w odpowiednim terminie. Przedłużenie wadium winno, bowiem nastąpić za spełnieniem tych samych warunków jak jego wniesienie zgodnie z przepisem art.45 ust.3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zatem musi być dostarczony Zamawiającemu oryginał gwarancji w terminie przed upływem ważności poprzedniego wadium, czego Spółdzielnia Inwalidów nie dopełniła, bowiem nie wykazała, aby przedłożyła w okresie przed 16.04.2008r. oryginał aneksu do umowy gwarancji bankowej Zamawiającemu.

Powyższe rozważania zostały przedstawione jedynie na marginesie, bowiem pozostawały bez wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu.

Reasumując, skarga Konsorcjum skutkowała zmianą pkt. 1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.05.2008r. w ten sposób, że odwołanie Spółdzielni Inwalidów podlegało odrzuceniu jako wniesione przez nieuprawniony podmiot.

Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM

elwierckajn

SEKRETARZ
•Ł sekretarjr

Anna