

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 14 marca 2014 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 13 lutego 2014 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Szpital Specjalistyczny Św. Wojciecha
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Al. Jana Pawła II 50
80-462 Gdańsk

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKD/KND/15/13, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„wykonanie świadczenia usługi związanej z transportem sanitarnym w zakresie przewozu osób dializowanych z utrudnionym poruszaniem się (chodzących) dla szpitala Zamawiającego”* prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.),

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Przemysław Dzierzędzki
Członkowie:	Barbara Bettman
	Katarzyna Brzeska

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 13 lutego 2014 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 stycznia 2014 r. zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny Św. Wojciecha, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Al. Jana Pawła II 50, 80-462 Gdańsk (zwany dalej „Zamawiającym”) unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było „wykonanie świadczenia usługi związanej z transportem sanitarnym w zakresie przewozu osób dializowanych z utrudnionym poruszaniem się (chodzących) dla szpitala Zamawiającego”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013r., poz. 907 z późn. zm.; zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę postępowania, w wyniku której stwierdził naruszenia ustawy Pzp (informacja o wyniku kontroli z dnia 28 stycznia 2014 r.).

W informacji o wyniku kontroli doraźnej dotyczącej ww. postępowania, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, m, in. że z protokołu postępowania (druk ZP – 2) wynika, że wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 653 000,00 zł. Zgodnie z pkt 5 protokołu postępowania kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została określona na 653 000,00 zł brutto. Wskazał, iż zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna zawierać podatek od towarów i usług. Zatem, ustalenie przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia w kwocie brutto stanowi uchybienie treści art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

Z informacji o wyniku kontroli wynika również, że zdaniem organu kontrolnego zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wskazał, że z pkt I opisu przedmiotu zamówienia oraz § 1 pkt 2 wzoru umowy wynika, iż skoro łącznie w okresie wymaganym przez Zamawiającego (36 m - cy) wykonywanych było 39 900 przewozów w obie strony, to cenę jednostkową należało wyliczyć za przewóz jednej osoby w obie strony. W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób przyznać racji Zamawiającemu, iż brak w SIWZ czytelnego i jednoznacznego zapisu

spowodował sytuację, w której nie można było porównać złożonych ofert. Ponadto dodał, iż w przypadku gdy zapisy SIWZ budzą wątpliwości ustawa Pzp w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp przyznaje wykonawcy prawo do zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie istotnych kwestii związanych z treścią SIWZ, a zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień w odpowiedzi na zadane pytanie. Z dokumentacji przedmiotowego postępowania nie wynika, aby wykonawcy zwracali się z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ.

Podkreślił, iż wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została oszacowana na kwotę 653 000 zł i taką też kwotę Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z uwagi na fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone oferty z cenami zbliżonymi do wartości szacunkowej zamówienia, a sposób wyliczenia ceny został przez tych wykonawców dokonany zgodnie z informacjami zawartymi w SIWZ, brak jest podstaw do twierdzenia, iż wykonawcy nie zrozumieli treści SIWZ. Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na informację o czynności niezgodnej z przepisami, iż byłby on zmuszony zakupić dwukrotną wielkość usługi lub zapłacić kary z uwagi na odstąpienie od realizacji 50% umowy. Powyższe twierdzenie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia, bowiem w przypadku, gdyby Zamawiający nie dokonał wyboru oferty spośród ofert z najniższymi cenami, wartość kolejnej z pozostałych przekraczałaby kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W takim przypadku zamawiający mógłby skorzystać z przysługującego mu uprawnienia do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zamawiający nie miał też pewności, że w przypadku, gdy dokona wyboru wykonawcy nie zrealizuje on zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. A zatem argumentacja zamawiającego jest niezasadna. Przesłanki unieważnienia postępowania określone zostały w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Katalog tych przesłanek jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco

Do takiej informacji o wyniku kontroli Zamawiający w dniu 13 lutego 2014 r. złożył zastrzeżenia.

W zastrzeżeniach wywiódł, że ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia została wskazana zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, tj. bez podatku VAT. Wywiódł, że usługa będąca przedmiotem zamówienia była zwolniona z podatku VAT. Zamawiający powyższe ustalił na podstawie badania rynku, w ramach którego przed wszczęciem postępowania wysłał do czterech wykonawców zapytanie ofertowe o wstępną wycenę usługi. Otrzymał dwie wyceny, zaś z otrzymanych ofert wstępnych wynikało, że usługa ta zwolniona jest z podatku VAT, a więc wartość zamówienia jest równa kwocie, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Odnosnie naruszenia wskazanego w pkt 2 informacji o wyniku kontroli zamawiający

wskazał, że zapis SIWZ dotyczący ceny usługi po otwarciu ofert okazał się niejednoznaczny i stąd powstała rozbieżność w ofertach wykonawców, która uniemożliwiła porównanie tych ofert. Zamawiający w efekcie nie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej a postępowanie musiało być unieważnione jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, Informacji o wyniku kontroli, Izba ustaliła, że pkt 2 druku ZP – 2 zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 653.000 zł, co stanowi równowartość 170.096,38 euro. W pkt 5 protokołu określono również, że na sfinansowanie zamówienia została przeznaczona kwota 653.000 zł brutto.

Ustalono również, że w pkt I SIWZ dotyczącej kontrolowanego postępowania zatytułowanym „Przedmiot zamówienia i płatność” Zamawiający wskazał, iż przedmiotem postępowania jest m.in.: wykonanie świadczenia usługi związanej z transportem sanitarnym w zakresie przewozu osób dializowanych z utrudnionym samodzielnym poruszaniem się (chodzących) do Stacji Dializ zamawiającego - przez 6 dni w tygodniu przez okres 36 miesięcy (z domu do Stacji Dializ i po zabiegu do domu przewożonego - minimum 2 samochodami). Ponadto, Zamawiający zapisał, iż Stacja Dializ obsługuje w okresie 1 miesiąca ok. 56 pacjentów chodzących przewożonych, a w okresie 3 lat jest to około 39 900 przewozów.

Jednocześnie, w § 1 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający zapisał, że „Stacja Dializ Zleceniodawcy obsługuje w okresie 1 miesiąca ok. 56 pacjentów dializowanych wymagających przewozu. W okresie 36 m - cy wykonywanych jest 39 900 przewozów w obie strony - do Stacji Dializ i do domu dializowanego”.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia za następujące ceny:

Lp.	Wykonawca	Cena jedn. netto za przewóz jednej osoby - ryczałt	Cena brutto za całość usługi (36 miesięcy)
1.	TRIOMED Sp. z o.o.	32 zł	1 276 800,00 zł
2.	„GREGOR - TRANS" G. C.	15,50 zł	618 450,00 zł

3.	Przedsiębiorstwo Usługowe „ATES” Przewozy pasażerskie -przewóz osób	25 zł	1 067 325,00 zł
4.	„GUCIO” J. K. Przewóz osób niepełnosprawnych	14,40 zł	614 799,20 zł

W dniu 8 lipca 2010 r., dzień po upływie terminu składania ofert, do zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „ATES” Przewozy pasażerskie - przewóz osób, w którym wykonawca ten oświadczył, że cena 25,00 zł została wyliczona zgodnie z SIWZ pkt 1 – uwzględniając zapis w pkt 1 przedmiotu zamówienia dowóz z domu do Stacji Dializ i po zabiegu do domu przewożonego (dwa przewozy). W związku z powyższym wartość jego oferty wynosi 498.750,00 zł netto (533.662,50 zł brutto) przy 39.900 przewozach z okresie 36 miesięcy.

Zamawiający 23 lipca 2010 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Uzasadnił, że w postępowaniu nastąpiło niezrozumienie zapisów SIWZ w zakresie sposobu obliczania ceny jednostkowej za przewóz dializowanego, na skutek czego powstała rozbieżność w cenach złożonych ofert o ok. 50%. 1 oferta - 1 276 800,00 zł, 2 oferta 618 450,00 zł, 3 oferta - 1 067 325,00 zł, 4 oferta - 614 779,20 zł. Taka rozbieżność cen przy usłudze cechującej się podobnymi nakładami (mającymi wpływ na koszt) powoduje to, że Szpital (zamawiający) nie może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwagi na niemożliwość porównania ofert, a tym samym postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie.

Odnosnie naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, wskazanego w pkt I informacji o wyniku kontroli należało stwierdzić, że organ kontrolny swój wniosek o naruszeniu tego przepisu wyprowadził wyłącznie w oparciu o porównanie pkt 2 i pkt 5 protokołu postępowania. Wywiódł, że skoro w pkt 5 protokołu zamawiający wskazał, iż kwota na sfinansowanie zamówienia stanowi 653.000 zł brutto, a więc z podatkiem VAT, to z pewnością wartość szacunkową zamówienia, podaną w pkt 2 również w kwocie 653.000 zł, ustalono niezgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, tj. również łącznie z podatkiem VAT.

Izba stwierdziła, że domniemanie faktyczne, na jakim oparł się organ kontrolny, było wadliwe. Z faktu, iż zamawiający w pkt 5 (w którym podaje się kwotę brutto, a więc z podatkiem VAT) oraz w pkt 2 protokołu (w którym należy podać kwotę netto, tj. bez podatku) wskazał tę samą kwotę można było bowiem wyciągnąć również inny, poprawny pod względem logiczny wniosek. Uszło uwadze organu kontrolnego, że tożsamość kwot mogła być wynikiem tego, że usługi będące przedmiotem zamówienia podlegały zwolnieniu od podatku VAT. Istnienie innego, poprawnego pod względem logicznym faktu, jaki można ustalić w oparciu o fakt tożsamości kwot z pkt 2 i pkt 5 protokołu, oznaczało, że domniemanie faktyczne, na jakim oparł się organ kontrolny okazał się nieprawidłowe. Nadmienić należy, że z informacji o wyniku kontroli nie wynikało, aby organ kontrolny wykluczył, że zamawiana usługa nie korzystała ze zwolnienia od podatku VAT. W kontekście stawianego zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp ustalenia takie należało poczynić, biorąc pod uwagę również to, że stawka podatku VAT „zwolniony” została wskazana w dwóch z czterech ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego wobec naruszenia opisanego w pkt I informacji o wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie.

Odnosnie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, opisanego w pkt II informacji o wyniku kontroli, Izba stwierdziła, że analizowanym postępowaniu wystąpiła niejednoznaczność co do opisu przedmiotu zamówienia pomiędzy postanowieniami SIWZ i wzoru formularza ofertowego a postanowieniami wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, która wywarła wpływ na treść ofert.

W pkt I SIWZ, zamawiający zapisał, iż Stacja Dializ obsługuje w okresie 1 miesiąca ok. 56 pacjentów chodzących przewożonych, a w okresie 3 lat jest to około 39 900 przewozów. Z kolei w postanowieniach wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego określono, iż Stacja Dializ Zleceniodawcy obsługuje w okresie 1 miesiąca ok. 56 pacjentów dializowanych wymagających przewozu. W okresie 36 m - cy wykonywanych jest 39 900 przewozów w obie strony - do Stacji Dializ i do domu dializowanego.

Wskutek owej niejednoznaczności niektórzy wykonawcy uznali, że 1 przewóz obejmuje dwa kursy tj. jeden do Stacji Dializ a drugi do domu dializowanego. Z kolei inni uznali, że każdy z owych kursów to jeden przewóz. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w cenach ofertowych. W przypadku dwóch wykonawców ryczałt za 1 przewóz oscylował w granicach ok. 15 zł, zaś ceny ofertowe oszacowano na poziomie nieco ponad 600.000 zł. Dwaj pozostali wykonawcy oszacowali koszt 1 przejazdu na kwoty ponad 25 zł i ponad 30 zł, zaś ceny ofertowe ukształtowały się na poziomie ponad 1.000.000 zł i ponad 1.200.000 zł. Potwierdzeniem wpływu niejednoznacznych postanowień SIWZ na treść ofert było pismo wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „ATES” Przewozy pasażerskie -przewóz osób.

Wskazał, że gdyby przeliczyć jego ofertę, to wartość tej oferty wynosi 498.750,00 zł netto (533.662,50 zł brutto) przy 39.900 przewozach w okresie 36 miesięcy, a nie 1 067 325,00 zł brutto. Zestawienie tak diametralnych różnic w wycenie cen jednostkowych na poziomie 50 % w relatywnie nieskomplikowanej usłudze transportowej, która charakteryzuje się podobnymi nakładami, oraz pismo ww. wykonawcy dowodziły, że powołane postanowienia SIWZ zostały jednak rozbieżnie rozumiane przez wykonawców, co oznacza, że nie były jednoznaczne. Podnoszona przez organ kontrolny okoliczność, iż jedna z możliwych interpretacji SIWZ była bardziej właściwa nie miała, w ocenie Izby, większego znaczenia.

Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający zamieszcza w SIWZ opis przedmiotu zamówienia. Z kolei w myśl art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, SIWZ zawiera również istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Nie ulega zatem wątpliwości, że wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego jest również integralną częścią SIWZ, zaś jego postanowienia nie mogą być sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia. Na gruncie ustawy Pzp nie sposób uznać któregokolwiek z ww. elementów SIWZ za istotniejszy. Obydwa elementy powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać przedmiot zamówienia.

Izba dokonała analizy skutków opisanej rozbieżności dla zachowania zasad postępowania, w tym zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców. Rozbieżność między wzorem umowy a SIWZ co do opisu przedmiotu zamówienia polegająca na tym, że z jednego elementu można było wyprowadzić wniosek o dwukrotnie większym zakresie usługi aniżeli z drugiego, nie może zostać uznana za nieistotną. Wskutek opisanej niejednoznaczności oferty wykonawców okazały się zasadniczo nieporównywalne.

W tej sytuacji, w ocenie Izby, zaktualizowała się przesłanka obligująca zamawiającego do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (...) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. regulacja odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. W myśl art. 146 ust. 6 ustawy Pzp powodem unieważnienia umowy jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby, dokonanie przez zamawiającego diametralnie rozbieżnego opisu przedmiotu zamówienia w

SIWZ i wzorze umowy, które nastąpiło z naruszeniem art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 ustawy Pzp, z pewnością mogło wywrzeć wpływ na wynik postępowania. Potwierdzeniem tego stanowiska jest pismo jednego z wykonawców, który wskazał, że po przeliczeniu ceny ofertowej z uwzględnieniem innego postanowienia SIWZ aniżeli to, na którym się oparł, rzeczywista wartość jego oferty wynosi 533.662,50 zł brutto, a nie 1 067 325,00 zł brutto. W tej sytuacji to oferta tego wykonawcy mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, a nie oferta wykonawcy Gucio, który złożył ofertę z ceną nominalnie najniższą, tj. 614 799,20 zł brutto.

W ocenie Izby wadę postępowania, na etapie powzięcia wiadomości przez zamawiającego o tych okolicznościach, należało uznać nie tylko za istotną w stopniu, który mógł wywrzeć wpływ na wynik postępowania, ale i za nieusuwalną. Po otwarciu ofert niemożliwa jest bowiem zmiana treści oferty, co wynika z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując zatem Izba, biorąc ustalony w sprawie stan faktyczny, stwierdziła, że zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zastrzeżenia zamawiającego odnośnie naruszenia opisanego w pkt II informacji o wyniku kontroli należało zatem uznać za zasadne.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....