

WYROK
z dnia 21 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez odwołującego - **Spółdzielnię Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o. Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp.k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnia Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Spółdzielnia Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie [Odwołujący] wniosła odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług porządkowo - czystościowych, transportu wewnętrznego i wykonywania czynności higieniczno opiekuńczych przy pacjencie na terenie Centrum Medycyny Inwazyjnej”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w związku z wyborem trybu postępowania - negocjacji bez ogłoszenia oraz na czynność udzielenia zamówienia uzupełniającego w tym trybie, czym jego zdaniem naruszył art. 67 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 32 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust 1 i 8 ust 1 poprzez udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie negocjacji bez ogłoszenia w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki pozwalające na udzielenie zamówienia uzupełniającego, albowiem Zamawiający w postępowaniu o udzieleniu zamówienia podstawowego nie przewidział wartości szacunkowej zamówienia uzupełniającego. Wykonawca wskazał także na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W związku z powyższym wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania, a w przypadku zawarcia umowy - unieważnienia umowy zawartej przez Zamawiającego z Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz „Hospital Serwis Partner Sp. z o.o.” spółka komandytowa i nakazanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zgodnym z przepisami prawa. Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z dokumentu - ogłoszenia o zamówieniu na usługi w zakresie sprzątnia i odkażania, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2010/S 247-377532 na okoliczność niewskazania przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówień uzupełniających. W uzasadnieniu odwołania podał, że w roku 2011 Zamawiający po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego udzielił Konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz „Hospital Serwis Partner Sp. z o.o.” spółka komandytowa zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie kompleksowej usługi sprzątnia i dezynfekcji powierzchni szpitalnych, utrzymania w odpowiednim stanie terenów zewnętrznych oraz transportu wewnętrznego i usług higienicznych przy obsłudze pacjenta Uniwersyteckim Centrum Klinicznym (postępowanie

ogłoszone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2010/S 247-377532). Zamawiający w ogłoszeniu przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. W dniu 8 marca 2012 roku Zamawiający udzielił zamówienia uzupełniającego Konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz „Hospital Serwis Partner Sp. z o.o.” spółka komandytowa zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W ocenie Odwołującego udzielenie Zamówienia uzupełniającego było nieuprawnione z następujących względów W przypadku przewidzenia zamówień uzupełniających i obowiązku wynikającego z dyspozycji art. 32 ust.3 Pzp podstawą do ustalenia wartości zamówienia jest szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy za realizację zamówienia podstawowego powiększone o szacunkowe wynagrodzenie za wykonanie zamówień uzupełniających Zamawiający w postępowaniu, w którym udzielił zamówienie podstawowe nie przewidział wartości szacunkowej zamówienia, w tym wartości szacunkowej zamówień uzupełniających. Udzielenie zamówień uzupełniających jest uwarunkowane, po pierwsze umieszczeniem informacji o możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w ogłoszeniu i SIWZ oraz objęcie ich oszacowaniem przy ustalaniu wartości zamówienia podstawowego. Przy czym te warunki muszą zostać spełnione łącznie. Jeżeli Zamawiający nie określił w pierwotnym postępowaniu wartości szacunkowej zamówień uzupełniających, nie jest możliwe ich udzielenie w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Udzielenie zamówień uzupełniających bez uprzedniego oszacowania ich wartości narusza, bowiem zasadę jawności (art. 8 ust 1) oraz zasadę uczciwej konkurencji (art. 7 ust 1). W konsekwencji postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia uzupełniającego powinno być unieważnione albowiem obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Biorąc powyższe wnoszę jak w petitum.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpatrując zarzuty podnoszone w odwołaniu Izba uwzględniła dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Tak jak ustaliła Izba, odwołanie zostało wniesione na czynność udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, którą to czynnością naruszony został - zdaniem wykonawcy - art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust 1 i 8 ust 1 a także art. 93 ust.1 pkt 7 powołanej ustawy, albowiem Zamawiający w postępowaniu o udzieleniu zamówienia podstawowego nie przewidział wartości szacunkowej zamówienia uzupełniającego. Rozpoznając zatem zasadniczy zarzut dotyczący naruszenia art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, Izba przede wszystkim stwierdziła, że zamówienie zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki, o którym to trybie stanowi wskazany przepis [art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp]. Izba stwierdziła także, że zamówienie podstawowe udzielone zostało w dniu 22 kwietnia 2011 r. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz „Hospital Serwis Partner Sp. z o. o.” Sp.k. z siedzibę we Wrocławiu po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o wszczęciu tego postępowania zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 21 grudnia 2010 r. i w ogłoszeniu tym podano [str 9/10], że (...) Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamówienie uzupełniające obejmować będzie swoim zakresem przedmiotowym zamówienie podstawowe wynikające z niniejszej specyfikacji”. Także w specyfikacji [pkt II ppkt 6 str 3], w tym w projekcie umowy stanowiącym załącznik do siwz [§ 12] wskazano na przewidywane udzielenie zamówień uzupełniających. Z ustaleń wynika także, że wartość zamówienia w przetargu nieograniczonym ustalona została na kwotę netto 36 690 329 zł [pkt 2 protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego] i taka kwota powiększona w tym przypadku o podatek VAT została ogłoszona na otwarciu ofert. W pkt 2 tego protokołu w rubryce dotyczącej zamówień uzupełniających w miejsce podania wymaganych kwot zaznaczono „x”. Z kolei z protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i z umowy zawartej w dniu 1 marca 2012 r. z konsorcjum firm - Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz „Hospital Serwis Partner Sp. z o. o.” Sp.k. z siedzibę we Wrocławiu wynika, że wartość zamówienia uzupełniającego stanowi kwotę 15.418.559,52 zł, a wartość szacunkowa tego zamówienia [tak jak wskazano w pkt 2 protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki] stanowiła kwotę 14.913.600 zł.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że bezspornym jest, że Zamawiający przewidując udzielanie zamówień uzupełniających nie udowodnił jednocześnie, że przygotowując postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, ustalił kwotę na którą te zamówienia miały być udzielone. Jednakże zgodnie z przepisem art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp zamówień uzupełniających można udzielić w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego, które polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Z kolei, zgodnie z art. 41 pkt 15 oraz art. 36 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp - w przypadku przetargu nieograniczonego należy – odpowiednio - w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji podać informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. Ustawa Pzp nie określa zakresu tej informacji i nie nakłada jednocześnie na zamawiającego obowiązku podania wartości [kwotowej czy procentowej] tych zamówień uzupełniających. Tak jak wskazano, przepis art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp [w zakresie wartości] limituje tylko wartość zamówień uzupełniających - w przypadku usług, tak jak w niniejszej sprawie - na poziomie 50 % wartości zamówienia podstawowego. Wartością podstawową, zgodnie z art. 32 ust.1 ustawy Pzp, jest całkowite wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego w ramach czynności dotyczących przygotowania postępowania [dział I rozdział 2 ustawy Pzp]. Izba jednocześnie zauważa, że ustawa w art. 32 ust. 3 wymaga uwzględniania przy ustalaniu wartości zamówienia także wartości zamówień uzupełniających, gdy udzielenie takich zamówień jest przewidziane, jednakże nie wiąże - zdaniem Izby - negatywnych skutków, co do możliwości udzielenia tych zamówień, gdy ich wartość wyrażona kwotą nie została ustalona na etapie udzielania zamówienia podstawowego. Izba zauważa także, że podnoszony zarzut braku ustalenia wartości zamówień uzupełniających jest zarzutem spóźnionym, albowiem mógł być on skutecznie podnoszony w postępowaniu prowadzonym w tryb przetargu nieograniczonego, które było prowadzone w roku 2010/2011 i zakończone zawarciem umowy w dniu 22 kwietnia 2011 r. Zamówienie uzupełniające - tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie - aczkolwiek

powiązane funkcjonalnie oraz proceduralnie z zamówieniem podstawowym jest nowym samodzielny zamówieniem udzielanym po negocjacjach z wykonawcą jednoznacznie wskazanym przez ustawę Pzp, a mianowicie z tym samym wykonawcą, który realizuje zamówienie podstawowe. To oznacza, że podnoszony zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Tym samym także nie podlegają uwzględnieniu podnoszone zarzuty naruszenia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisu art. 7 ust 1 i art. 8 ust 1 oraz art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.03.2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz.238), zgodnie z którym Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony tylko na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Przedłożone zestawienie kosztów, podpisane, co prawda przez dyrektora jednostki jak i głównego księgowego, nie pozwala ustalić jednoznacznie, czego wyspecyfikowane tam wydatki dotyczą - nie wskazano w tym zestawieniu, co najmniej rodzaju pojazdu, jego marki i numeru rejestracyjnego oraz pojemności silnika a także podstaw zastosowanych przeliczników.

.....

