

Sygn. akt: KIO/UZP 1263/09

WYROK
z dnia 19 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Luiza Łamejko
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ginekologiczno - Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Polna 33, 60-535 Poznań** protestu z dnia 4 sierpnia 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** na rzecz **Ginekologiczno - Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Polna 33, 60-535 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na „Usługę kompleksowego utrzymania czystości w Ginekologiczno - Położniczym Szpitalu Klinicznym Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, przy ul. Polnej 33”, wykonawca - Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, zwany dalej protestującym lub odwołującym złożył protest na czynności zamawiającego - w/w Szpitala, polegające na:

1. zaniechaniu dokonania czynności podwyższenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia,
2. wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. odrzuceniu oferty protestującego,
4. zaniechaniu wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, względnie zaniechaniu poprawienia omyłek w ofercie protestującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

5. zaniechaniu wezwania Konsorcjum Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis sp. z o.o. do złożenia poprawionego dokumentu w postaci Planu higieny na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, względnie art. 87 ust. 2 pkt 3, względnie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosnie swojego interesu faktycznego i prawnego we wniesieniu protestu, protestujący wskazał, że w przypadku uwzględnienia protestu jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą, a zatem ma możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Protestujący podniósł, iż zgodnie z rozdziałem II.6.5) SIWZ oraz pkt III. I A) ogłoszenia o zamówieniu, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego, zamawiający wymagał przedstawienia wraz z ofertą m.in.:

- a) Planu Higieny Szpitala,
- b) Schematu i opisu organizacji pracy wraz z procedurami,
- c) Opisu metod sprzątania powierzchni płaskich i wyposażenia,
- d) Wykazu środków myjących i pielęgnujących,
- e) Wykazu preparatów dezynfekcyjnych, które to stanowią dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro zaś zamawiający zażądał powyższych dokumentów na potwierdzenie, iż oferowane usługi spełniają określone w SIWZ wymagania, w przypadku nie złożenia takich dokumentów lub złożenia dokumentów zawierających błędy - miał obowiązek na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Tymczasem zamawiający chociaż uznał, iż dokumenty dołączone do oferty zawierają błędy, to zaniechał wezwania protestującego do ich uzupełnienia.

Protestujący wskazał, że nawet, jeżeli zamawiający uznał, że Plan Higieny Szpitala stanowi treść oferty, to winien wezwać protestującego do poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, iż oferta protestującego zawiera niezgodności z SIWZ, jednak zaniechał ich poprawienia, pomimo, iż są to omyłki nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, w tym również w zakresie ceny. (Zamawiający powinien poprawić omyłkę, poprzez skreślenie preparatu Mikrozyd AF Liquid i wpisanie preparatu Despray, co sugeruje treść Planu Higieny, w którym we wszystkich strefach, poza III, przewidziano preparat Despray).

Protestujący wyjaśnił, że:

1. w strefie I - czystości ciągłej (wolnej od flory patologicznej) zaproponował zestaw z wanną, co spełniła minimalne wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 10 pkt 3 SIWZ i jest zgodne z opisem metod sprzątania powierzchni płaskich i wyposażenia,

2. zamawiający nie sprecyzował, jakiego preparatu wymaga do mycia i dezynfekcji kratek ściekowych i syfonów w części diagnostyczno - medycznej Szpitala; protestujący wskazał preparat do mycia i dezynfekcji łazienek i toalet w części diagnostyczno - medycznej o nazwie Desam Ox, który będzie używany do mycia i dezynfekcji umywalek, kabin prysznicowych, sedesów, bidetów, podłóg, których nieodzownym elementem stałym są syfony i kratki ściekowe. Mycie i dezynfekcja w/w obszarów oznacza zatem mycie i dezynfekcję kratek ściekowych i syfonów, co jednocześnie oznacza, że nie jest możliwe wyłączenie kratek ściekowych i syfonów z procesu mycia i dezynfekcji w/w obszarów, a nadto, że do mycia kratek ściekowych, syfonów, umywalek, kabin prysznicowych, bidetów w części diagnostyczno - medycznej protestujący przewidział preparat Desam Ox, zgodny z wymogami zamawiającego.
3. dołączył do oferty wykaz preparatów, jakimi będzie wykonywać przedmiotowe zamówienie w zakresie wszystkich stref, które spełniają wymogi zamawiającego, co oznacza, że wykona zamówienie zgodnie z wymogami zamawiającego i treścią SIWZ,
4. preparat Virkon posiada spektrum działania w zakresie sporów i spełnia wymogi zamawiającego,
5. w związku z procedurami Szpitala i treścią załącznika nr 10 pkt 12 SIWZ protestujący przewidział przeprowadzenie procedury poekspozycyjnej we własnym zakresie - opieka medyczna z uwzględnieniem rejonizacji.

Dodatkowo protestujący stwierdził, że zamawiający w dniu 9 lipca 2009 roku dokonał modyfikacji SIWZ, poprzez przyjęcie, iż Plan Higieny ma uwzględniać wszystkie czynności wskazane w załączniku nr 2 do SIWZ wraz ze wskazaniem środków dezynfekcyjnych, myjących, pielęgnacyjnych oraz sprzętu, którym poszczególne czynności wskazane w tym załączniku będą wykonywane, jednocześnie nie przedłużając terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach. Zamawiający winien był zatem uwzględnić czas przewidziany do skonstruowania Planu Higieny zgodnie z nowymi wymogami i poprawić ewentualne omyłki na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosnie oferty Konsorcjum Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis sp. z o.o. protestujący podniósł, iż zamawiający powinien wezwać je do złożenia poprawnego Planu higieny, a w braku jego złożenia odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Plan Higieny tego konsorcjum zawiera następujące błędy:

1. zamawiający w pkt 3 załącznika nr 9 do SIWZ przewidział preparat do dezynfekcji miejsc trudnodostępnych o określonych parametrach. Konsorcjum nie uwzględniło tych wymogów i zastosowało do dezynfekcji miejsc trudnodostępnych preparat Perform (m.in. strony 176, 202, 227, 231, 238 oferty).

2. w instrukcji dezynfekcji powierzchni zabrudzonej wydalinami i zanieczyszczeniami organicznymi, gdzie należy zachować szczególne wymogi bezpieczeństwa konsorcjum uwzględniło jedynie czynność mycia rąk, pomijając czynność dezynfekcji rąk, która ma istotne znaczenie w zapobieganiu przenoszenia różnorodnych szczepów szpitalnych,
3. w procedurze postępowania poekspozycyjnego konsorcjum zawarło zapis, iż fakt ekspozycji na materiał potencjalnie zakaźny należy zgłosić w jak najkrótszym czasie pielęgniarce oddziałowej i lekarzowi dyżurnemu, co jest niezgodne z treścią pkt 12 załącznika nr 10 do SIWZ,
4. w instrukcji dezynfekcji sprzętu i wyposażenia przez zanurzenie, instrukcji dezynfekcji powierzchni sprzętu i wyposażenia przez spryskiwanie i instrukcji dezynfekcji powierzchni sprzętu i wyposażenia konsorcjum przewidziało nieprawidłową kolejność wykonywanych czynności, a mianowicie wymycie i zdezynfekowanie rąk ma następować przed zdjęciem odzieży ochronnej, która potencjalnie może być źródłem zakażenia,
5. zamawiający w wymaganiach dotyczących preparatów dezynfekcyjnych zawarł wymóg użycia do dezynfekcji powierzchni pionowych zmywalnych, podłóg oraz wyposażenia w strefie I, II, III, IV również zanieczyszczeniami organicznymi preparat na bazie nadsiarczanu potasu. Konsorcjum przewidziało użycie preparatu na bazie chloru do dezynfekcji basenów, kaczek, słoje i misiek nerkowych; nadto preparat ten nie posiada pozytywnej opinii IMiD, wymaganej przez zamawiającego.

Protestujący podniósł również, iż ceny wskazane we wszystkich ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu, poza ofertą samego protestującego, przewyższają kwotę, którą zamawiający, zgodnie ze swoim oświadczeniem, może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis sp. z o.o., a zaniechał dokonania czynności podwyższenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wobec czego wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert, a w przypadku nie uznania oferty protestującego za najkorzystniejszą - o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, skoro zamawiający nie wykazał, że może podwyższyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zamawiający protest oddalił, stwierdzając jedynie, że podtrzymuje swoją uprzednią decyzję o odrzuceniu oferty protestującego oraz nie widzi możliwości, ani potrzeby uchylecia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uchylecia czynności odrzucenia oferty protestującego, ponownego badania i oceny ofert, wezwania konsorcjum Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis sp. z o.o. do złożenia poprawnego Planu Higieny,

ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych, względnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty i argumentację zawarte uprzednio w proteście, dodatkowo wskazując jako podstawę prawną zarzutów art. 27 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, oferty odwołującego, pisma zamawiającego z dnia 27.07.2009 r. informującego w szczególności o odrzuceniu oferty odwołującego (Dz.Z.P. - 07/42/09), oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach oraz w toku rozprawy, a nadto ulotki preparatu Virkon producenta Du Pont złożonej na rozprawie wraz z tłumaczeniem przysięgłym przez odwołującego, ulotki preparatu Virkon producenta Naturan Sp. z o.o., złożonej na rozprawie przez zamawiającego, pisma przystępującego z dnia 14.10.2009 r. oraz ulotki preparatu Virkon producenta Naturan Sp. z o.o., złożonych przez przystępującego na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący posiadał interes prawny, aby wnieść protest oraz odwołanie w części dotyczącej zarzutów niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego, zaniechania poprawienia omyłek w treści jego oferty oraz zaniechania wezwania go do uzupełnienia oświadczeń / dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ potwierdził się, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia jego oferty, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, skoro zaoferował on najniższą cenę w przedmiotowym postępowaniu (11 518 225,20 zł), stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert (zgodnie z Rozdziałem III pkt 15 SIWZ). Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania w tym zakresie, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący nie posiadał natomiast interesu prawnego do wniesienia protestu oraz odwołania w części dotyczącej zarzutów niezasadnego zaniechania wezwania do uzupełnienia „Planu higieny” konsorcjum Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis sp. z o.o., a także zaniechania podwyższenia kwoty, jaką zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, ponieważ status oferty tego konsorcjum pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego przez odwołującego, podobnie jak podwyższenie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację

zamówienia skoro cena oferty odwołującego jest niższa niż wskazana przez zamawiającego i w przypadku wyboru oferty odwołującego nie wymagałaby żadnej korekty (podwyższenia).

Innymi słowy uwzględnienie odwołania w części dotyczącej konsorcjum oraz kwoty na realizację zamówienia nie otworzy wnoszącemu je wykonawcy drogi do uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a tym samym do uzyskania zamówienia.

Wobec powyższego skład orzekający Izby w tej części nie odniósł się merytorycznie do podniesionych zarzutów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do konsorcjum Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis sp. z o.o. oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut niezasadnego zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Rozstrzygnięcie sporu między stronami wymaga w istocie uprzedniego rozstrzygnięcia czy dokumenty, których zamawiający zażądał w przedmiotowym postępowaniu (Plan Higieny Szpitala zawierający wykaz środków dezynfekcyjnych, myjących i pielęgnujących wraz z procedurami i instrukcjami dotyczącymi tych środków, procedury, instrukcje dotyczące dezynfekcji, mycia i pielęgnacji powierzchni i wyposażenia, schemat i opis organizacji pracy wraz z procedurami, opis metod sprzątania powierzchni płaskich i wyposażenia, procedury monitorowania jakości oraz systemu dokumentowania poziomu i zakresu świadczonej usługi, plan szkoleń z uwzględnieniem zakresu tematyki, wykaz środków myjących i pielęgnacyjnych (nazwa, producent, przeznaczenie), wykaz preparatów dezynfekcyjnych (nazwa, producent, przeznaczenie, stężenie) dokumenty dopuszczające oferowane preparaty dezynfekcyjne do stosowania w placówkach służby zdrowia stosownie do przepisów ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych, certyfikaty CE, karty charakterystyki, pozytywne opinie IMiD, świadectwa jakości zdrowotnej PZH, pozwolenia MZ) stanowią treść oferty, a nadto w przypadku uznania, że tak jest, czy zamawiający, poprzez odmienne postanowienie w treści SIWZ może to zmienić.

Odwołujący eksponował, że zamawiający w rozdziale II pkt 6 ppkt 5 SIWZ (oraz w ogłoszeniu o zamówieniu) zażądał złożenia wraz z ofertą w/w dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego, zaś zamawiający eksponował, że w rozdziale III pkt 9.2. lit g SIWZ wskazał, iż dokumenty wymagane w rozdziale II pkt 6 ppkt 5 SIWZ (między innymi) stanowią ofertę.

Skład orzekający Izby wskazuje, że przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mówi o oświadczeniach lub dokumentach, które mają potwierdzać spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego. Aby zatem potwierdzić, że oferowane

przez poszczególnych wykonawców usługi spełniają wymagania zamawiającego, niezbędne jest uprzednie ustalenie, jaki sposób realizowania usługi oferują ci wykonawcy.

O ile elementem narzuconym przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu są np. właściwości preparatów, które zamierzają stosować wykonawcy (Załącznik nr 9 do SIWZ), o tyle do decyzji wykonawców należało, jaki konkretnie preparat o narzuconych cechach zaproponują (co ze względu na przepis art. 29 jest prawidłowe i zrozumiałe), a która to decyzja jednocześnie pociąga za sobą konsekwencje np. w zakresie kalkulowania ceny ofertowej. Trudno bowiem przyjąć, że ceny różnych preparatów różnych producentów są jednakowe i pozostaje to bez wpływu na świadczenie usługi w okresie 36 miesięcy (jak w przedmiotowym postępowaniu).

W ocenie składu orzekającego Izby, oświadczeniem woli wykonawcy, a zatem treścią oferty jest między innymi wskazanie zastosowania konkretnego preparatu, a także wskazanie sposobu realizacji usługi w zakresie procedury postępowania poekspozycyjnego czy metody sprzątnia (metoda dwóch wiader / inna) w odpowiedzi na zindywidualizowane wymogi zindywidualizowanego zamawiającego. Dopiero zatem ustalenie, że odwołujący wskazał w swojej ofercie - niezależnie od tego jak ta część oferty została nazwana przez zamawiającego, czy wykonawcę np. preparat Mikrozyd AF Liquid pozwala na potwierdzenie w odniesieniu do tego preparatu, poprzez złożone wraz z ofertą (sensu largo) oświadczenia i dokumenty spełniania przez ten preparat wymagań zamawiającego. Sama zawartość dokumentu określonego przez zamawiającego jako Plan Higieny Szpitala była bardzo zróżnicowana i składały się na niego elementy, stanowiące treść oferty, jak i potwierdzające, że oferowane usługi potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego.

Wskazując powyższe skład orzekający Izby podziela jednocześnie dotychczasowe orzecznictwo Izby, zgodnie z którym informacje stanowiące treść oferty podlegają ocenie pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ, zaś ich uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadziłyby do niedopuszczalnej, w świetle przepisu art. 87 ust.1 ustawy Pzp zmiany treści tej oferty. Zmiana jednego preparatu na inny w przypadku, gdy ten pierwszy nie posiada żądanych cech, określonych przez zamawiającego (warunek przedmiotowy) byłaby zmianą treści oferty.

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że potwierdzenie spełniania przez oferowane usługi wymagań zamawiającego należy odczytywać przede wszystkim jako oświadczenie / dokumenty pochodzące od podmiotu innego niż sam wykonawca (wykonawca wskazuje, zaś inny podmiot potwierdza). Do takiego wniosku skłania samo znaczenie słowa „potwierdzać” (stwierdzić, poświadczyć prawdziwość, wiarygodność, tożsamość, istnienie czegoś, zgodzić się na coś, przytaknąć, potwierdzić czyjąś relację, czyjeś zeznania), jak i brzmienie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp mówiącego, że potwierdzeniem, że oferowane usługi odpowiadają

wymaganiom zamawiającego może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a zatem podmiotu innego niż wykonawca składający ofertę.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że „charakter” wskazania konkretnego preparatu, tj. jako oświadczenia woli wykonawcy (treść oferty) nie może zmienić zakwalifikowanie przez zamawiającego dokumentu, w którym wskazanie to nastąpiło do „dokumentów potwierdzających”.

W przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę wskazywane przez odwołującego i zamawiającego postanowienia SIWZ, a także przepisy ustawy Pzp trudno w ogóle przyjąć, że kwalifikacja przez zamawiającego wymienionych w rozdziale II pkt 6 ppkt 5 SIWZ dokumentów miała inne niż formalne (techniczne) znaczenie. Tak zamawiający, jak i wykonawcy związani są w pierwszej kolejności przepisami ustawy Pzp i kodeksu cywilnego (art. 14 ustawy Pzp).

Nie do pogodzenia, choćby z punktu widzenia ekonomiki prowadzenia postępowania, a także przepisu art. 5 kodeksu cywilnego (nadużycie prawa podmiotowego) jest przyjęcie zaprezentowanego przez odwołującego na rozprawie poglądu, że ustawodawca, poprzez przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwolił wykonawcom na „pewną niestaranność w przygotowaniu oferty”.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby, wezwanie przez zamawiającego do uzupełnienia przez odwołującego w szczególności Planu Higieny Szpitala, w którym odwołujący złożył swoją deklarację co do preparatów, jakie w odpowiedzi na potrzeby Ginekologiczno - Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu (przedmiotowe postępowanie) przewidział do zastosowania w poszczególnych strefach / pomieszczeniach jest niedopuszczalne, ponieważ deklaracja ta stanowi istotną treść oferty, zaś jej zmiana jest ustawowo zakazana.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zaoferowania zestawu dwu - wiadrowego nie potwierdził się.

W piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że odwołujący w sporządzonym Planie Higieny nie uwzględnił wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ, tj. w strefie I - czystości ciągłej (wolnej od flory patologicznej) zaproponował zestaw dwu - wiadrowy, niezgodny z zapisem załącznika nr 10 pkt 3 do SIWZ i opisem metod sprzątnia powierzchni płaskich i wyposażenia zawartym w pkt. 22 na 241 stronie oferty.

Postanowienia SIWZ w przywołanym powyżej zakresie określają, że wykonawca zobowiązany jest do „Zastosowania przy realizacji usług metod eliminujących przenoszenie drobnoustrojów (niedopuszczalna jest metoda „dwóch wiader” podczas sprzątania podłóg (...))”.

Odwołujący w proteście i odwołaniu wskazywał, że w strefie I zaproponował zestaw z wanną, co spełnia minimalne wymagania zamawiającego określone w załączniku nr 10 do SIWZ pkt 3, zaś na rozprawie dodatkowo wyjaśnił, że zestaw dwu - wiadrowy zaproponowany obok zestawu z wanną należy traktować jako sprzęt dodatkowy.

Skład orzekający Izby ustalił, że na stronie 48 oferty, dotyczącej strefy I - czystości ciągłej, odwołujący przewidział do realizacji zamówienia, w przypadku podłogi i listew przypodłogowych sprzęt w postaci: „uchwyt do mopa, mop, zestaw z wanną, zestaw dwu wiadrowy Monomatic US Monomatic LS”.

Wyjaśnienie odwołującego, iż zestaw dwu - wiadrowy należy traktować jako sprzęt dodatkowy skład orzekający Izby uznał za niewiarygodne. Odwołujący nie podał bowiem żadnego innego przykładu zaproponowania w swojej ofercie, liczącej niemal 280 stron, sprzętu dodatkowego. Trudno zatem przyjąć celowość takiej deklaracji jedynie dla jednej czynności (mycie / dezynfekcja podłogi i listew przypodłogowych) w jednej strefie.

Wykonawcy wskazują w swoich ofertach konkretny sprzęt w tym celu, aby zapoznać zamawiającego z proponowanym przez siebie sposobem wykonywania zamówienia oraz, aby zamawiający mógł zweryfikować te deklaracje z własnymi wymaganiami. Brak zastrzeżenia w ofercie odwołującego co do celu wskazania zestawu dwu - wiadrowego, musi powodować zakwalifikowanie tego sprzętu jako tego, którym wykonawca będzie realizował zamówienie. Zamawiający w takim przypadku nie ma pewności, że sprzęt, skoro został wskazany w ofercie, nie zostanie przez wykonawcę użyty.

W ocenie składu orzekającego Izby, logiczną konsekwencją wskazania w ofercie zarówno zestawu z wanną, jak i zestawu dwu - wiadrowego jest możliwość użycia ich obu (wg reguł znanych tylko wykonawcy), co stoi w sprzeczności z wymogiem wskazanym w treści SIWZ.

Skład orzekający Izby zwrócił uwagę na fakt, że przystępujący w swoim piśmie z dnia 14.10.2009 r. stwierdził, że „Zgodnie z zapisem siwz Zamawiający dopuścił metodę „dwóch wiader” wyłącznie podczas sprzątania podłóg poza obszarem medycznym (pomieszczenia techniczne, administracyjne, klatki schodowe, magazyny, tarasy, piwnice)”. Jednak przystępujący (ani zamawiający, czy odwołujący na rozprawie) nie wskazał umiejscowienia w treści SIWZ takiego postanowienia.

Skład orzekający Izby nie doszukał się w treści postanowienia pkt 3 załącznika nr 10 do SIWZ, na które powoływał się zamawiający, informując o odrzuceniu oferty odwołującego, aby w przypadku jakiegokolwiek obszaru Szpitala (np. pomieszczenia administracyjne, klatki

schodowe, magazyny, piwnice, tarasy) dopuszczono odstępstwo od metody „dwóch wiader” podczas sprzątania podłóg.

Wskazanie zatem przez odwołującego na stronie 241 oferty możliwości zastosowania tej właśnie metody w obszarze poza medycznym Szpitala (strona 241 pkt 22: „Dopuszczalna jest metoda „dwóch wiader” poza obszarem medycznym (pomieszczenia techniczne administracyjne, klatki schodowe, magazyny, piwnice, tarasy))” oraz opis instrukcji jej stosowania dla obszaru poza medycznego na stronie 107 oferty („Instrukcja mycia powierzchni podłogowych w systemie 2 - wiaderkowym (poza obszarem medycznym)”) oznacza sprzeczność treści oferty z wymogiem wskazanym w treści SIWZ.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zaoferowania preparatu na bazie chloru do dezynfekcji kratek ściekowych, syfonów, umywalek, kabin prysznicowych, sedesów, bidetów w części diagnostyczno - medycznej nie potwierdził się.

W piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wykonawca w sporządzonym Planie Higieny nie uwzględnił wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ, tj. zaproponowany preparat na bazie chloru do dezynfekcji kratek ściekowych, syfonów, umywalek, kabin prysznicowych, sedesów, bidetów w części diagnostyczno - medycznej Szpitala nie odpowiada opisowi zawartemu w załączniku nr 9 do SIWZ, ponieważ preparat na bazie chloru wymagany był jedynie do dezynfekcji ogólnodostępnych toalet w ciągach komunikacyjnych. Na rozprawie zamawiający doprecyzował, że niezgodność ta dotyczy pkt 7 załącznika nr 9 do SIWZ.

Odwołujący w proteście i odwołaniu wskazywał, że zamawiający nie sprecyzował, jakiego preparatu zamawiający wymaga do mycia i dezynfekcji kratek ściekowych i syfonów w części diagnostyczno - medycznej Szpitala, zaś zaproponowany preparat Desam Ox będzie używany do mycia i dezynfekcji umywalek, kabin prysznicowych, sedesów, bidetów i podłóg, których nieodzownym elementem stałym są syfony i kratki ściekowe.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego co do tego, że w istocie zamawiający nie wyartykułował wprost w postanowieniach SIWZ zakazu stosowania do dezynfekcji preparatu na bazie chloru w przypadku jakichkolwiek pomieszczeń, czy wyposażenia, co eksponował na rozprawie odwołujący.

Jednak skład orzekający Izby uznał celowość odczytywania wymogów co do stosowanych preparatów w kontekście konstrukcji, jaką zamawiający przyjął precyzując treść załącznika nr 9, polegającej na wskazywaniu jedynie „nakazów” co do cech żądanych preparatów.

Skład orzekający Izby uznał zatem, że skoro zamawiający wskazał w pkt. 7 załącznika nr 9 - i tylko w tym miejscu, że preparat do dezynfekcji i mycia toalet w ciągach komunikacyjnych ma być preparatem na bazie chloru, to nie może to jednocześnie

oznaczać, że zamawiający chce, aby inne preparaty również były preparatami na bazie chloru.

Zaoferowanie przez odwołującego w swojej ofercie preparatu Desam Ox, tj. preparatu na bazie chloru (zgodnie z kartą charakterystyki preparatu znajdującą się na stronach 195 - 201 oferty odwołującego preparat zawiera chlorek alkilobenzylodimetyloamoniowy oraz chlorek didecylodimetyloamoniowy - strona 195) oznacza niezgodność treści tej oferty z treścią załącznika nr 9 do SIWZ, a w szczególności pkt. 2 tego Załącznika.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zaoferowania preparatu Mikrozyd AF Liquid w strefie III - czystości zmiennej w pokojach badań oraz w większości pracowni diagnostycznych oraz zaniechania poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wykonawca w sporządzonym Planie Higieny nie uwzględnił wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ, tj. zaproponowany w strefie III czystości zmiennej preparat Mikrozyd AF Liquid w pokojach badań i w większości pracowni diagnostycznych nie odpowiada opisowi zawartemu w załączniku nr 9 do SIWZ, albowiem preparat o wskazanym spektrum działania i składzie chemicznym wskazany był do dezynfekcji wyposażenia w Klinice Neonatologii i Klinice Zakażeń Noworodka w strefie III.

Na rozprawie zamawiający doprecyzował, że niezgodność ta dotyczy pkt 3 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Zgodnie z pkt 3 Załącznika nr 9 do SIWZ żądany preparat ma być preparatem na bazie alkoholu i czwartorzędowych związków amoniowych (miejsca trudnodostępne oraz tzw. szybka dezynfekcja w strefie I - IV).

Na rozprawie odwołujący stwierdził, że za właściwy zamawiający winien przyjąć nie preparat Mikrozyd AF Liquid, ale preparat Despray, który odwołujący ujął w ogólnym wykazie preparatów przewidzianych do realizacji tego zamówienia.

Twierdzenie to skład orzekający Izby uznał za potwierdzenie przez samego odwołującego niezgodności cech preparatu Mikrozyd AF Liquid z cechami żądanymi przez zamawiającego w treści Załącznika nr 9 do SIWZ.

Biorąc pod uwagę oczywistą ważkość (istotność) przypisania poszczególnych oferowanych preparatów do poszczególnych stref / pomieszczeń przez składającego ofertę wykonawcę, fakt, że odwołujący to uczynił (wskazał preparat Mikrozyd AF Liquid) oraz, że działanie to było konsekwentne - odwołujący wskazał preparat o konkretnej, pełnej nazwie, zgromadził charakteryzujące ten preparat dokumenty oraz zawarł je w ofercie, skład orzekający Izby za niedopuszczalne uznał przyjęcie przez zamawiającego, na podstawie

ogólnego wykazu preparatów dezynfekcyjnych, że inny niż wskazany przez odwołującego preparat należy przyjąć za ten, który chce stosować wykonawca. Brak w związku z tym podstaw do ingerencji w treść oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że zbyt krótki, w ocenie odwołującego, czas na uwzględnienie modyfikacji SIWZ w odniesieniu do Planu Higieny, sam w sobie nie może stanowić podstawy do poprawienia omyłek, tym bardziej, że sam odwołujący w ustawowo dopuszczalnym terminie nie zakwestionował wyznaczonego przez zamawiającego terminu składania ofert.

Reasumując, zaoferowanie przez odwołującego w swojej ofercie preparatu Mikrozid AF Liquid, przy braku możliwości przyjęcia zaoferowania preparatu Despray oznacza niezgodność treści tej oferty z treścią załącznika nr 9 do SIWZ, a w szczególności z pkt 3 tego Załącznika.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zaoferowania preparatu Virkon do mycia i dezynfekcji sprzętu ruchomego nie potwierdził się.

W piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wykonawca w sporządzonym Planie Higieny nie uwzględnił wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ, tj. zaproponowany do mycia i dezynfekcji sprzętu ruchomego (typu inkubatory, baseny, kaczki, stoje, miski nerkowate, pojemniki do moczenia basenów i kaczek) preparat Virkon nie odpowiada zapisowi Załącznika nr 9 do SIWZ, ponieważ do dezynfekcji tego rodzaju wyposażenia wskazany był środek o szerszym spektrum działania, obejmującym spory w czasie 15 min.

Na rozprawie zamawiający doprecyzował, że niezgodność ta dotyczy pkt 2 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Zgodnie z pkt 2 Załącznika nr 9 zamawiający wymagał między innymi, aby preparat był sporobójczy - 15 min., obok właściwości bójczych w zakresie bakterii, grzybów i wirusów.

W celu potwierdzenia, że preparat zaoferowany przez odwołującego spełnia wymagania zamawiającego co do sporobójczego działania w czasie 15 min. odwołujący złożył na rozprawie ulotkę preparatu Virkon producenta Du Pont wraz z jej tłumaczeniem przysięgłym.

Skład orzekający Izby uznał jednak nieadekwatność przedłożonej ulotki dotyczącej preparatu Virkon, którego producentem, jak oświadczył na rozprawie odwołujący, jest brytyjska firma Du Pont do preparatu Virkon producenta Naturan sp. z o.o., który zaoferował w swojej ofercie odwołujący.

Fakt zaoferowania preparatu producenta Vircon firmy Naturan wynika w szczególności z treści „Wykazu preparatów dezynfekcyjnych”, znajdującego się na stronie

279 oferty odwołującego (pozycja 2: nazwa - Virkon, Producent - Naturan), a przede wszystkim ze znajdującej się na stronach 181 - 187 oferty odwołującego Karty charakterystyki preparatu Virkon, w której jako producenta wskazano: Naturan Sp. z o.o., ul. Rydygiera, 01-793 Warszawa, Polska (strona 181 oferty). Firma Naturan została także wskazana jako producent tego preparatu na stronie 180 oferty odwołującego (Opinia użytkownika preparatu Virkon).

Opierając się zatem na ulotce producenta, który został wskazany w ofercie odwołującego, przedłożonej przez zamawiającego na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił, że zawarty tam opis produktu wykazuje jedynie działanie bakteriobójcze, grzybobójcze oraz wirusobójcze w czasie 15 min., co jedynie częściowo potwierdza wymagania zamawiającego zawarte w pkt. 2 Załącznika nr 9 do SIWZ. Opis produktu nie przewiduje działania sporobójczego preparatu Virkon.

Zaferowanie przez odwołującego w swojej ofercie preparatu Virkon firmy Naturan sp. z o.o., który nie ma właściwości sporobójczych oznacza niezgodność treści tej oferty z treścią pkt 2 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Dodatkowo skład orzekający Izby zwraca uwagę, że treść ulotki firmy Du Pont również wykazuje jedynie skuteczność przeciwwirusową (skuteczność przeciwko ponad 100 szczepom wirusów w 22 rodzinach wirusów), przeciwbakteryjną (skuteczność przeciwko ponad 400 szczepom bakterii i przeciugrzybiczną (skuteczność przeciwko ponad 100 szczepom grzybów) preparatu Virkon - strona 3 ulotki.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu ujęcia w procedurze postępowania poekspozycyjnego udania się do lekarza odpowiedzialnego za to postępowanie nie potwierdził się.

W piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wykonawca w sporządzonym Planie Higieny nie uwzględnił wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ, tj. w Procedurze postępowania poekspozycyjnego zawarto zapis o udaniu się do lekarza odpowiedzialnego za postępowanie poekspozycyjne zgodnie z procedurami Szpitala, co nie odpowiada zapisowi załącznika nr 10 pkt 12 do SIWZ, ponieważ procedury Szpitala nie obejmują pracowników firm zewnętrznych.

Zgodnie z pkt 12 Załącznika nr 10 do SIWZ: „We wszystkich przypadkach ekspozycji zawodowej postępowanie poekspozycyjne sędowane jest na Wykonawcę”.

Na stronie 109 swojej oferty odwołujący przewidział powiadomienie przez pracownika - osoby ze strony wykonawcy, którego chronić ma procedura poekspozycyjna na krew i inny materiał biologiczny, swojego przełożonego i konieczność udania się takiej osoby do lekarza odpowiedzialnego za postępowanie poekspozycyjne, odwołując się, poprzez zawarcie informacji w nawiasie, do procedur Szpitala.

W ocenie składu orzekającego Izby, trafnie wskazał przystępujący w piśmie z dnia 14.10.2009 r., że „Skoro Odwołujący kieruje - wbrew wyraźnemu warunkowi siwz - pracownika do lekarza Zamawiającego zgodnie z procedurami Zamawiającego, to twierdzenie (...), że Odwołujący zapewnia procedurę poekspozycyjną we własnym zakresie jest bez pokrycia (...)”.

Skład orzekający za niewiarygodne uznał wyjaśnienie odwołującego złożone na rozprawie, że w tym przypadku odwołujący miał na myśli nie lekarza zamawiającego, ale własnego. Przeczy temu odwołanie się do procedur Zamawiającego - Szpitala, którego logiczną konsekwencją jest odczytanie, że mowa o lekarzu zamawiającego, którego zapewnia zamawiający w swojej wewnętrznej procedurze, co stoi w sprzeczności z treścią pkt 12 Załącznika nr 10 do SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, nie wybierając oferty odwołującego. W takiej sytuacji brak jest podstaw do podważenia prawidłowości wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis sp. z o.o. (biorąc pod uwagę cenę jako jedyne kryterium oceny ofert).

Skład orzekający Izby nie odniósł się do zarzutu naruszenia przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ protest takiego zarzutu nie obejmował (nie wskazano w proteście podstawy prawnej naruszenia art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, nie podano jaką czynnością lub zaniechaniem zamawiający naruszył wskazany przepis).

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....