

Sygn. akt KIO/UZP 1548/09

WYROK

z dnia 17 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska**

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o. o., Hospital Serwis sp. z o. o. , 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18a** protestu z dnia 28 września 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o. o., Hospital Serwis sp. z o. o. , 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** 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 uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o. o., Hospital Serwis sp. z o. o. , 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o. o., Hospital Serwis sp. z o. o. , 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** na rzecz **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18a**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o. o., Hospital Serwis sp. z o. o. , 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Kompleksowe utrzymanie czystości i higieny oraz świadczenie prac pomocniczych personelu pomocniczego - niższego w WSSD w Olsztynie z jednoczesnym przejściem od dotychczasowego Wykonawcy pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu Pracy*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 5 sierpnia 2009 roku, pod numerem 2009/S 148-216934.

Dnia 18 września 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania wskazując, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Żak System Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Dnia 28 września 2009 roku Konsorcjum firm Impel Clearing sp. z o.o. i Hospital Serwis sp. z o.o. wniosło protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o:

1. Uchylenie czynności wyboru oferty wykonawcy Żak System Sp. z o.o.,
2. Odrzucenie oferty wybranego wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. Dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Protestujący oświadczył, iż ma interes prawny w złożeniu protestu, ponieważ w razie uwzględnienia protestu jego oferta stanowi ofertę najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

1. Stwierdził, iż Żak System w oparciu o zaproponowane w ofercie środki nie będzie w stanie zrealizować wszystkich czynności objętych przedmiotem zamówienia, gdyż:
 - a. Żak System w swojej ofercie nie zaproponował żadnego preparatu, przeznaczonego do urządzeń do mycia naczyń na wydaliny.

- b. Żak System w swojej ofercie nie zaproponował, żadnego preparatu, którym można by w sposób prawidłowy, nie powodujący uszkodzenia lub odbarwienia czyszczonej powierzchni, wykonać czyszczenie elementów tekstylnych żaluzji pionowych.
 - c. Żak System nie zaproponował, żadnego preparatu przeznaczonego do gruntownego czyszczenia powierzchni wykonanych z linoleum.
 - d. Żak System proponując preparaty CM 2000 oraz Taski Jontec Lenio i wskazując ich zastosowanie, tzn. "preparat do pielęgnacji i nabłyszczania parkietów lakierowanych" nie spełnił wymogów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ, ponieważ preparat ten jest przeznaczony do czyszczenia i pielęgnacji mebli i nie pozostawia warstwy ochronnej na nabłyszczanej powierzchni. Preparat Taski Jontec Lenio również nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego, ponieważ zgodnie z ulotką informacyjną po nałożeniu preparatu na powierzchnię należy polerować podłogę maszyną jednotarczową z odpowiednim padem do uzyskania połysku, co jest niezgodne z zapisem SIWZ, iż środek powinno cechować "utrzymanie połysku bez polerowania".
 - e. Żak System na 61 stronie swojej oferty zaproponował dwa środki opisane jako "preparat do mycia i nabłyszczania lastryka, pcv i innych powierzchni", tj. Ecofloor Polymer i Taski Jontec Extra. Środek Ecofloor Polymer nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego, ponieważ preparat wymaga polerowania w celu uzyskania błyszczącej odpornej na ścieranie warstwy ochronnej. Preparat Taski Jontec Extra również nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego, ponieważ po nałożeniu preparatu na powierzchnię należy polerować podłogę do uzyskania wysokiego połysku, co jest niezgodne z SIWZ, iż środek powinno cechować "utrzymanie połysku bez polerowania".
2. Żak System na 60 stronie swojej oferty zaproponował błyszczącą powłokę akrylową do podłóg Taski Jontec Eternum. Zgodnie z ulotką informacyjną producenta tego środka, przed nałożeniem powłoki należy odpowiednio przygotować podłoże przy użyciu odpowiedniego zdzieracza linii TASKI Jontec. Wykonawca w swojej ofercie nie zaproponował zdzieracza linii TASKI Jontec. W związku z powyższym Żak System nie będzie w stanie w sposób prawidłowy przeprowadzić konserwacji środkiem Taski Jontec Eternum.

Zamawiający dnia 28 września 2009 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 1 października 2009 roku wykonawca Żak System sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku protestu.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co w myśl przepisu art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych rozumiane jest jako jego oddalenie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 19 października 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście, wnosząc o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego wykonawcy: Żak System Sp. z o.o., ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – pismem z dnia 12 listopada 2009 roku (wpływ do UZP w dniu 16 listopada 2009 r.) przystąpił wykonawca Żak System Sp. z o.o.

Uwzględniając całą dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia

przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest „Kompleksowe utrzymanie czystości i higieny oraz świadczenie prac pomocniczy personelu pomocniczego - niższego w WSSD w Olsztynie z jednoczesnym przejściem od dotychczasowego Wykonawcy pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu Pracy”.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Żak System jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż środki dezynfekujące, myjące, czyszczące i konserwujące, zaoferowane przez Żak System w wykazie, nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, czym wypełniła się przesłanka do odrzucenia tejże oferty.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący niezasadnie wnioskuje o odrzucenie oferty Żak System.

Stosownie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Żak System, zarówno w formularzu ofertowym – punkt 4 tiret 1 i 2 (strona 1 oferty), jak i w oświadczeniach (strony 45 i 46 oferty) oświadczył, iż gwarantuje wykonywanie usługi w warunkach higieniczno-sanitarnych gwarantujących właściwą ich jakość, utrzymanie w należyтым stanie sanitarno-porządkowym powierzchni poziomych i pionowych (...) z zastosowaniem preparatów dezynfekcyjnych o właściwościach zgodnych z zawartymi w załączniku Nr 1A do s.i.w.z. – pkt XI. Ponadto oświadczył, iż preparaty opisane w części XI oraz środki i ścierki opisane w części XII opisu przedmiotu zamówienia będą spełniały określone w nich wymagania przez cały okres wykonywania zamówienia.

Zamawiający, w w/w częściach załącznika Nr 1A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Opis przedmiotu zamówienia – dokonał stosownego opisu preparatów i środków do utrzymania czystości przez wskazanie zakresu możliwości ich zastosowania, tj. jakiego rodzaju prace będą wykonywane przy ich użyciu.

W odpowiedzi na tak postawiony wymóg Żak System, tak jak to wyżej zostało wskazane złożył stosowne oświadczenia załączając dodatkowo na stronach od 59 do 62 wykazy środków chemicznych, którymi proponuje wykonywać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący formułując swoje zarzuty wskazywał na okoliczność, iż z proponowanych przez przystępującego preparatów Zamawiający nie uzyska zamierzonego celu, wskazanego w części XI i XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby, wykaz preparatów i środków dezynfekujących, które wymagał Zamawiający miałby charakter czysto informacyjny, pozostający bez wpływu na treść oferty, gdyby Zamawiający taką informację w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł. Zamawiający żądając wskazanego wykazu, na etapie badania i oceny ofert zobligowany był do merytorycznego ustosunkowania się do rzeczoności wykazu. Oznacza to, iż Zamawiający winien dokonywać oceny oferty, w zakresie jej merytorycznej treści także w zakresie wykazu oferowanych środków. Jeżeli zamierzeniem Zamawiającego było tylko i wyłącznie odebranie oświadczenia, iż zaoferowane preparaty opisane w części XI i XII załącznika Nr 1A do s.i.w.z. będą spełniały określone w nich wymagania, to na takim oświadczeniu winien pozostać, bez żądania złożenia stosownego wykazu.

Skoro wykaz był wymagany, to i wymagana przez Zamawiającego jest jego merytoryczna ocena.

W ocenie Izby postanowienia część XI ust. 4 załącznika Nr 1A, gdzie Zamawiający wskazał, iż Wymagane jest załączenie do oferty wykazu (...) oferowanych do użycia środków dezynfekcyjnych (...). Zamawiający zastrzega sobie prawo ingerencji, w przypadku uzasadnionych zastrzeżeń, co do właściwości oferowanych preparatów, jak i wzoru umowy, ust. 6 § 12 - gdzie Zamawiający zastrzegł sobie prawo decydowania o stosowanych środkach myjących i dezynfekujących w przypadkach ich nieskuteczności lub niekorzystnego oddziaływania ubocznego na ludzi, powierzchnie lub wyposażenia Zamawiającego, stanowią jedynie o zabezpieczeniu Zamawiającego wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. I inaczej być rozumiane nie mogą.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający wymagał złożenia stosownego wykazu oferowanych środków, to istnieje konieczność oceny skuteczności ich działania w odniesieniu do celu, jaki Zamawiający zamierzał osiągnąć. I w tym względzie Izba dokonała stosownej oceny zebranego materiału dowodowego, stwierdzając, iż:

- 1) W zakresie pierwszego z zarzutów, dotyczących nie zaproponowania żadnego preparatu, przeznaczonego do urządzeń do mycia naczyń na wydaliny – Izba uznała za

bezzasadny. Wykonawca Żak System zaoferował środki Puracid (wolny środek myjący – strona 186 oferty) i Medicarine (tabletki dezynfekcyjne – tylko do użytku profesjonalnego - strona 79 oferty, Karta charakterystyki preparatu niebezpiecznego), które odpowiadają wymogom Zamawiającego. Jeden ze środków przeznaczony jest do usuwania uryny i kamienia, drugi do dezynfekcji. Odwołujący nie udowodnił, iż oferowane przez Żak System środki nie nadają się do wymaganych przez Zamawiającego czynności.

- 2) W zakresie drugiego z zarzutów, dotyczącego nie zaproponowania żadnego preparatu, którym można w sposób prawidłowy, nie powodujący uszkodzenia lub odbarwienia czyszczonej powierzchni, wykonać czyszczenie elementów tekstylnych żaluzji pionowych – Izba uznała za bezzasadny. Wykonawca Żak System zaoferował środek o nazwie Alcodor. Zgodnie z kartą charakterystyki załączoną do oferty, jest to wodny środek czyszczący na bazie tenzydów niejonowych oraz mieszających się z wodą rozpuszczalników – strona 220 oferty. Odwołujący nie udowodnił, iż oferowany przez Żak System środek nie nadaje się do wymaganych przez Zamawiającego czynności.
- 3) W zakresie trzeciego z zarzutów, dotyczącego nie zaproponowania żadnego preparatu przeznaczonego do gruntownego czyszczenia powierzchni wykonanych z linoleum – Izba uznała za bezzasadny. Wykonawca Żak System zaoferował preparat Ecofloor Polymer, który zgodnie z kartą charakterystyki – strona 154 oferty, jest środkiem czyszczącym. Zgodnie z ulotką, preparat stosowany być może, cyt. (...). Do wszystkich zmywalnych wykładzin podłogowych takich jak tworzywo sztuczne, pcw, linoleum, kolowinył, kamień naturalny (...). Tym samym produkt został zaoferowany przez Żak System, znajduje się w ofercie, a Odwołujący nie udowodnił, iż oferowany przez Żak System środek nie nadaje się do wymaganych przez Zamawiającego czynności.
- 4) W zakresie czwartego z zarzutów, dotyczącego preparatów CM 2000 oraz Taski Jontec Lenio, które zdaniem Odwołującego przeznaczone są do czyszczenia i pielęgnacji mebli, a nie jak to wymagał Zamawiający do nabłyszczania parkietu lakierowanego i które nie pozostawiają warstwy ochronnej na nabłyszczanej powierzchni – Izba uznała za bezzasadny. Żak System zaoferował dwa produkty, z którymi jeden o nazwie CM 2000 odpowiada wymogom Zamawiającego. Zgodnie z kartą charakterystyki – strona 164 oferty, środek określony został jako czyszcząco-pielęgnujący. W ulotce natomiast znajduje się informacja, iż cyt. Doskonale czyści i pielęgnuje wszystkie powierzchnie z lakierowanego drewna oraz powierzchnie syntetyczne. Szczególnie polecany do czyszczenia i pielęgnacji mebli. Doskonale usuwa kurz, pozostawiając delikatny połysk

i przyjemny zapach. Jak wynika z powyższego, preparat ten nadaje się do wszystkich powierzchni z lakierowanego drewna, a wskazanie, iż szczególnie polecany jest do mebli nie ogranicza możliwości jego zastosowania przy pielęgnacji podłóg drewnianych lakierowanych. Ponadto jak wskazał producent, pozostawia delikatny połysk. Odwołujący nie udowodnił, iż oferowany przez Żak System środek nie nadaje się do wymaganych przez Zamawiającego czynności.

- 5) W zakresie piątego z zarzutów, dotyczącego dwóch środków Ecofloor Polymer i Taski Jontec Extra – Izba uznała za bezzasadne. Żak System, do nabłyszczania lastryka zaproponował preparat Star Hospital + Turbo strip lub Ecofloor Polymer, natomiast do PCV zaoferował Star Hospital + Turbo strip. Wszystkie trzy preparaty zostały uwzględnione przez Żak System w ofercie, wskazując, iż Star Hospital posiada zastosowanie – Błyszcząca powłoka akrylowa do podłóg o zwiększonej odporności na dezynfekcję, Turbo strip – zasadowy środek do gruntownego czyszczenia, Ecofloor Polymer – Preparat do mycia i nabłyszczania lastryka, pcv i innych powierzchni, co w ocenie Izby pozwala na uznanie, iż zaoferował wymagane przez Zamawiającego środki. Odwołujący nie udowodnił, iż oferowane przez Żak System środki nie nadają się do wymaganych przez Zamawiającego czynności.
- 6) W zakresie szóstego z zarzutów, dotyczącego zaproponowania błyszczącej powłoki akrylowej do podłóg Taski Jontec Eternum – Izba uznała za bezzasadny. Nawet przy założeniu, iż wykonawca Żak System będzie wykonał usługę przy zastosowaniu w/w środka, to Izba zwraca uwagę, iż żadne z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zabrania wykonawcy wykonywania usługi przy użyciu urządzenia będącego jego własnością, gdyż dla Zamawiającego liczy się efekt końcowy, za cenę określoną w ofercie. Odwołujący podnosi, nie wiadomo, na jakiej podstawie, iż Żak System będzie posługiwał się w/w środkiem. Zamawiający oświadczenia firmy Żak System takiego wniosku nie sposób wyciągnąć, wręcz przeciwnie wykonawca ten przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazał, iż dokona wymaganych czynności innym środkiem Ecofloor Polymer. Odwołujący nie udowodnił, iż oferowane przez Żak System środki nie nadają się do wymaganych przez Zamawiającego czynności.

Reasumując, Izba stwierdziła, iż Odwołujący porusza się w temacie zastosowania określonych środków odmiennie niż sam wykonawca oferujący określone preparaty, nie odnosząc się w tym zakresie i nie próbując podejmować polemiki ze stanowiskiem Żak

System, zawartym w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W tym też zakresie Odwołujący, w ocenie Izby zdaje się celowo nie zauważać w/w stanowiska albo też zauważa je, jednakże pozostając przy swoim zdaniu próbuje jak gdyby „na siłę” przekonać skład orzekający, o słuszności swoich twierdzeń, pozostających w oderwaniu od rzeczywistego stanu faktycznego sprawy.

Zdaniem Izby, Odwołujący nie udowodnił, iż Żak System zaoferował środki niewłaściwe, nie posiadające określonych właściwości, a to na nim, zgodnie z przepisem art. 188 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zmianami) w związku z art. 14 ustawy Pzp spoczywa ciężar udowodnienia faktu, z którego wywodzi skutki prawne.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby stwierdził, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dlatego też na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp - Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie umowy i rachunku złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....