

Sygn. akt KIO/UZP 1007/09

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Wysokie Brzegi 4, 32-600 Oświęcim** protestu z dnia 2 lipca 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie z siedzibą przy ul. Babiniec 46, 31-215 Kraków, Oddział w Łodzi, ul. Tartakowa 141/143, 91-203 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem spełnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Oddział w Łodzi na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

2. Kosztami postępowania obciąża Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Wysokie Brzegi 4, 32-600 Oświęcim i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Wysokie Brzegi 4, 32-600 Oświęcim** na rzecz **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Usługa utrzymania porządku i czystości w pomieszczeniach ZZOZ Oświęcim*”, znak sprawy: ZZOZ/ZP/II/Y/2009, zostało wszczęte przez Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu, ul. Wysokie Brzegi 4, 32-600 Oświęcim zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 95-136690 w dniu 19.05.2009 r.

W dniu 26.06.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, z siedzibą przy ul. Babiniec 46, 31-215 Kraków, Oddział w Łodzi, ul. Tartakowa 141/143, 91-203 Łódź zwanej dalej: „*Spółdzielnią Inwalidów „Naprzód” w Krakowie*” albo „*Przystępującym*”.

W dniu 02.07.2009 r. faxem, a pocztą 07.07.2009 r. na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, którego liderem jest Impel Cleaning Sp. z o. o. zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest na czynność wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z Pzp,
3. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, mimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Wskazując na powyższe zarzuty wnosił o:
 1. uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 2. odrzucenie oferty wybranego wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp,
 3. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Protestujący oświadczył, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż w razie uwzględnienia protestu jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą.

W ocenie Protestującego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem Pzp, o czym świadczą poniższe zarzuty:

Zamawiający naruszył art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, gdyż zaniechał odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ:

1. W załączniku nr 5 do umowy - „Środki do mycia, pielęgnacji i konserwacji powierzchni stosowane przez DHS” podano wymagania odnośnie środków myjących i konserwujących. Zgodnie z pkt 6/20 do oferty należało dołączyć karty charakterystyki używanych do wykonania usługi substancji chemicznych lub/i niebezpiecznych.
 - a. W pkt 1 załącznika nr 5 do umowy Zamawiający wymagał środka do codziennego mycia i pielęgnacji podłóg (np. typu Indur Brillant). Wykonawca załączył do oferty kartę charakterystyki tylko jednego środka do mycia podłóg, preparatu Refor, który nie spełnia wymagań SIWZ postawionych w tym punkcie gdyż nie posiada właściwości pielęgnujących oraz antypoślizgowych.
 - b. W pkt 2 załącznika nr 5 do umowy podano wymagania, które powinien spełniać środek do codziennego mycia i czyszczenia powierzchni i urządzeń w pomieszczeniach sanitarnych (typu Into Action Plus). Wykonawca załączył kartę charakterystyki dwóch środków do mycia

powierzchni sanitarnych, tj.: Caledor i Caletin. Produkt Caletin nie spełnia wymagań SIWZ postawionych w tym punkcie, gdyż jest to żel do muszli klozetowych, a nie jak wymagano w SIWZ produkt do rozpuszczania w zimnej lub letniej wodzie. Środek Caledor także nie odpowiada wymaganiom postawionym w pkt 2. Wartość pH przygotowanego roztworu tego preparatu wynosi 3, przez co środek ten nie spełnia wymogu „wartość pH w zależności od stopnia stężenia 1-1,5”.

c. Zamawiający w pkt 5 załącznika nr 5 do umowy wskazał wymagania odnośnie preparatu do gruntownego mycia powierzchni zabezpieczonych powłokami akrylowymi i niezabezpieczonych silnie zabrudzonych (typu Bendurol Maxx). Wykonawca do oferty załączył karty charakterystyki dwóch preparatów przeznaczonych do gruntownego mycia powierzchni, tj.: Relino i Remat Forte. Środki te wymagają spłukiwania po przeprowadzonym procesie, co jest niezgodne z zapisem „po zakończeniu gruntownego sprzątnia nie jest konieczne przeprowadzenie neutralizacji podłoża”. Dodatkowo preparat Remat Forte charakteryzuje się pH w zakresie 12-13,5 co jest niezgodne z postawionym przez Zamawiającego wymogiem „wartość pH 9,5-10,5”.

Wobec powyższego oczywistym jest, w ocenie Protestującego, że treść oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ. Załączenie do oferty innych środków, które spełniałyby wymagania przedstawione w SIWZ prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto Wykonawca nie będzie mógł prawidłowo wykonywać usług za pomocą środków niespełniających wymogów przewidzianych w SIWZ. Zamawiający ma zatem obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający jest obowiązany do wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ zamówienia spośród ofert ważnych i niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 03.07.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 06.07.2009 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania protestacyjnego przystąpiła firma Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego do jednocześnie wskazując, iż posiada interes faktyczny i prawny w przystąpieniu albowiem jego oferta jest ofertą ważną, nie podlegająca odrzuceniu i została wybrana jako najkorzystniejsza. Wnosząc o oddalenie protestu w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający w treści SIWZ żądał od Wykonawców przedstawienia w ofercie „Karty charakterystyki używanych do wykonania usługi substancji chemicznych lub/i niebezpiecznych (o ile są wymagane) - w 2 egzemplarzach: 1 egzemplarz w ofercie i 1

egzemplarz spięty osobno". Zgodnie z zapisami SIWZ § 2 pkt 5 projektu umowy wykonawca zobowiązał się używać typ środków do mycia, pielęgnacji i konserwacji pomieszczeń określonych w załączniku nr 5 do niniejszej umowy równocześnie Zamawiający w załączniku nr 7 pkt 7 dopuścił używanie przez Wykonawców środków do mycia i dezynfekcji innych niż w wykazach zawartych w specyfikacji pod warunkiem, że ich spektrum działania będzie zgodne ze specyfikacją potrzeb (spektrum bakteriobójcze, prątkobójcze, wirusobójcze, sporobójcze), a ponadto środki te nie spowodują zniszczenia mytych i dezynfekowanych powierzchni. Wykaz środków myjących i dezynfekcyjnych zostanie zaakceptowany przez Zespół Kontroli Zakażeń Szpitalnych. Równocześnie Zamawiający określił wymagania ogólne dotyczące środków myjących i konserwujących powierzchnie poziome i pionowe tzn.:

A) Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 2 września 2003 r. (Dz. U. z 2003 r., Nr 171 poz. 1666) produkt nie jest sklasyfikowany jako stwarzający zagrożenie dla zdrowia i życia.

B) Oferta przetargowa zawiera do wglądu kartę charakterystyki substancji chemicznej lub/i niebezpiecznej.

C) Opakowania produktów są trwałe i czytelnie oznakowane w języku polskim, co do nazwy produktu, zastosowania, stężeń roboczych, sposobu użytkowania.

D) Wszystkie dane i informacje podane na etykiecie produktu jednostkowego muszą być zgodne z zapisami karty charakterystyki produktu chemicznego/niebezpiecznego.

E) Środki powinny być sprawdzone ekologicznie, ulegać biodegradacji, nie zawierać fosforanów.

F) Wymagane jest stosowanie środków profesjonalnych przeznaczonych do sprzątania obiektów szpitalnych posiadających wysoką skuteczność mycia

G) Nie niszczą mytych powierzchni dot. to szczególnie środków używanych do zmywania starych powłok akrylowych.

W oparciu o powyższe zapisy Przystępujący w złożonej ofercie przedstawił m.in. karty charakterystyk proponowanych preparatów dla:

- preparatu REFOR, typu środek do codziennego mycia i pielęgnacji podłóg - który m. in. posiada właściwości pielęgnujące oraz zapobiega ślizganiu się; nie powoduje niszczenia mytych powierzchni,
- preparat CALEDOR oraz CALETIN, typu środek do codziennego mycia i czyszczenia powierzchni i urządzeń w pomieszczeniach sanitarnych - nadmienić należy iż użycie dwóch preparatów do codziennego mycia i czyszczenia powierzchni i urządzeń w pomieszczeniach sanitarnych jest jak najbardziej uzasadnione. Stosowanie preparatu o wartości pH 1-1,5 (silny kwas) do codziennego mycia i czyszczenia powierzchni i urządzeń w pomieszczeniach sanitarnych może spowodować ich zniszczenie, dlatego też Przystępujący zaproponował użycie dwóch preparatów CALEDOR (pH 2,5-3,5) do codziennego czyszczenia powierzchni

w pomieszczeniach sanitarnych oraz CALETIN (pH 1) do codziennego czyszczenia muszli klozetowej oraz instalacji sanitarnych.

- preparat RELINO, typu preparat do gruntownego mycia powierzchni zabezpieczonych powłokami akrylowymi i niezabezpieczonych silnie zabrudzonych - wartość pH preparatu RELINO wynosi 10.

W związku z powyższym stwierdził, iż zaproponowane preparaty spełniają zapisy SIWZ i są zgodne z wymaganiami Zamawiającego, co w konsekwencji powoduje, iż złożony protest jest bezzasadny i podlega oddaleniu w całości.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podnosił, iż Zamawiający w SIWZ żądał przedstawienia Kart Charakterystyki używanych do wykonania usługi substancji chemicznych lub/i niebezpiecznych, (o ile są wymagane), na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6 ppkt 20 SIWZ, tj. dokumentów wynikających art. 25 ust 1 oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tym samym, jeżeli wykonawca składający ofertę nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów (Kart Charakterystyki) lub dokumenty złożone nie potwierdzają spełnienia wymagań Zamawiającego winien zostać wezwany w trybie art. 26 ust 3 Pzp do ich uzupełnienia.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu w dniu 09.07.2009 r. faxem (pismem z dnia 08.07.2009 r.), poprzez jego oddalenie. Ustosunkowując się do przedstawionych w proteście zarzutów Zamawiający stwierdził, co następuje: Podkreślił, że zgodnie z pkt 6/20 SIWZ żądał dołączenia do oferty kart charakterystyk używanych do wykonania usługi substancji chemicznych lub/i niebezpiecznych (o ile są wymagane). Karty charakterystyki dołączane są jedynie do substancji niebezpiecznych. Ich rolą jest wskazanie jak należy postępować w sytuacjach zagrożenie na skutek zaistnienia działań niepożądanych wynikających z zastosowania substancji niebezpiecznych zawartych w danym preparacie I taką informację, chciał uzyskać od Wykonawcy na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w załączniku nr 7 pkt 7 do projektu umowy podał, że dopuszcza używanie przez Wykonawcę innych środków niż podanych w specyfikacji, pod warunkiem ich zaakceptowania przez Zamawiającego, tj. Zespół Kontroli Zakażeń Szpitalnych.

Zamawiający nie wymagał by Wykonawca świadczył usługę przy użyciu środków wskazanych w załączniku nr 5 do projektu umowy „Środki do mycia, pielęgnacji konserwacji powierzchni stosowanych przez DHS”. Tam określono typy środków wymaganych do realizacji umowy tj.: środki do codziennego mycia i pielęgnacji podłóg (np. typu Brillant firmy Ecolac), środki do codziennego mycia i czyszczenia powierzchni i urządzeń

w pomieszczeniach sanitarnych (np. typu Into Actin Plus firmy Ecolab), itd. jednocześnie podając jakich środków dotychczas używa Zamawiający i jakie one mają parametry. Z przytoczonych zapisów SIWZ wynika, że Zamawiający na etapie składania oferty nie wymagał wykazu stosowanych preparatów do realizacji umowy, a jedynie kart charakterystyki stosowanych preparatów.

Wykaz stosowanych środków przez Wykonawcę będzie elementem realizacji umowy i będzie podlegał akceptacji przez Zamawiającego przed przystąpieniem przez Wykonawcę do realizacji usługi, co wynika z treści zał. Nr 7 pkt 7 do projektu umowy.

Nie jest tak jak podnosi Protestujący, że Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, nie będzie mogła jej wykonać za pomocą środków wykazanych i nie spełniających wymagań podanych w załączniku nr 5 do projektu umowy o realizację usługi. Podkreśla się, że Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał pełnego katalogu produktów jakich będzie używał Wykonawca w celu realizacji usługi, a jedynie karty charakterystyki preparatów stosowanych w celu realizacji usługi. Zamawiający na etapie realizacji umowy, z uwagi na treść zał. 7 pkt 7 do projektu umowy będzie od wybranego Wykonawcy wymagał przedstawienia wykazu stosowanych preparatów, a wykaz ten będzie podlegał zaakceptowaniu przez Zamawiającego. Preparaty wskazane przez Wykonawcę Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie odpowiadają typom preparatów dotychczas używanych przez Zamawiającego, nie odpowiadają wskazanym tam parametrom, co nie znaczy, że jedynie tymi preparatami tenże Wykonawca zrealizuje przedmiotową usługę. Protestujący mylnie wywodzi z zapisów SIWZ, że Zamawiający wymagał by preparaty stosowane przez Wykonawcę miały odpowiadać charakterystyce środków stosowanych dotychczas przez Zamawiającego. Z założenia Zamawiający dopuszczał możliwość wykonywania usługi przy użyciu innych preparatów niż dotychczas sam używał, jak również dokonywania zmiany stosowanych preparatów w trakcie trwania umowy. Dlatego w zał. Nr 3 do projektu umowy określił wymagania stawiane preparatom, w zał. Nr 5 do projektu umowy wskazał typy preparatów, a w zał. Nr 7 do projektu umowy przedstawił sposób akceptacji stosowanych preparatów poprzez przedstawienie ich wykazu przez Wykonawcę usługi. Zamawiający zwrócił także uwagę, że przed terminem otwarcia ofert o relacje wynikające z treści: zał. 3, zał. 5 i zał. 7 do umowy, w części dotyczących stosowanych przez Wykonawcę preparatów żaden z Wykonawców nie zapytał.

W dniu 17.07.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Ponadto, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust.1 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert nieokreślonych w SIWZ. Stwierdził, że stanowisko Zamawiającego wyrażone

w rozstrzygnięciu protestu jest całkowicie sprzeczne z postanowieniami, które zawarł w SIWZ.

Zamawiający w pkt 6 SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu) wskazał informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów, w tym m.in. w ppkt 20 wymagał przedstawienia „*kart charakterystyki używanych do wykonania usługi substancji chemicznych lub/i niebezpiecznych (o ile są wymagane)*”. Przystępujący w swojej ofercie przedstawił karty charakterystyki preparatów: m.in. Refor, Caletin, Caledor, Relino i Remat Forte, w związku z powyższym zadeklarował, iż tymi środkami będzie wykonywał usługę.

Nie można się zgodzić ze stwierdzeniem Zamawiającego, iż „*karty charakterystyki dołączane są jedynie do substancji niebezpiecznych*”. Zamawiający w SIWZ jasno określił wymóg dołączenia kart charakterystyki substancji chemicznych lub/i niebezpiecznych (o ile są wymagane). Należy wskazać, iż karty charakterystyk wszystkich wskazanych wyżej preparatów są dokumentami wymaganymi zgodnie z Rozporządzeniem (WE) 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 roku w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH), utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniające dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94, jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywy Komisji 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE (opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej seria L nr 396 z 30 grudnia 2006 roku).

Nie można także podzielić poglądu Zamawiającego z rozstrzygnięcia protestu, iż: „*nie wymagał, by Wykonawca świadczył usługę przy użyciu środków wskazanych w załączniku nr 5 do projektu umowy*”.

W pkt 7 załącznika nr 7 do umowy Zamawiający dopuścił używanie przez Wykonawcę środków do mycia i dezynfekcji innych niż w wykazach zawartych w specyfikacji pod warunkiem, że ich spektrum działania będzie zgodne ze specyfikacją potrzeb (bakteriobójcze, prątkobójcze, grzybobójcze, wirusobójcze, sporobójcze) a ponadto środki te nie spowodują zniszczenia mytych i dezynfekowanych powierzchni.

Zamawiający odnosząc się w tym punkcie do spektrum działania wyraźnie wskazał na środki dezynfekcyjne określone w załączniku nr 6 do umowy (Wykaz środków dezynfekcyjnych stosowanych obecnie w ZZOZ Oświęcim), ponieważ tylko środki dezynfekcyjne wykazują działanie bójcze. Środki do mycia, pielęgnacji i konserwacji powierzchni, wymienione w załączniku nr 5 do umowy, nie należą do grupy środków dezynfekcyjnych, a co za tym idzie nie wykazują działania bójczego (działanie bakteriobójcze, prątkobójcze, grzybobójcze, wirusobójcze, sporobójcze).

Zamawiający dopuścił, więc możliwość zastosowania innych niż w wykazach zawartych w specyfikacji środków dezynfekcyjnych, a nie jak twierdzi w rozstrzygnięciu

protestu środków do mycia, pielęgnacji i konserwacji powierzchni, określonych w załączniku nr 5 do umowy. Dodatkowo Zamawiający w załączniku nr 7a do umowy wskazał, iż używane przez Wykonawcę środki myjące powierzchnie poziome i pionowe mają spełniać wymagania określone w załączniku nr 5 do umowy. Przystępujący dołączył do oferty karty charakterystyki używanych do wykonania usługi substancji chemicznych lub/i niebezpiecznych, które nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie określonym w proteście. Odwołujący załączył do odwołania dowody, tj. Katalog środków czyszczących - oferta produktowa firmy Wetrok - strona 4, Katalog środków czyszczących - oferta produktowa firmy Wetrok - strona 6-7 oraz Katalog środków czyszczących - oferta produktowa firmy Wetrok - strona 9, ulotka informacyjna preparatu Relino, ulotka informacyjna preparatu Remat Forte.

W świetle powyższych zarzutów nie ulega wątpliwości, w ocenie Odwołującego, że treść oferty wybranego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, a zatem oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji (wyrok KIO z dnia 26.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 218/08). Stanowisko Odwołującego, w jego ocenie, znajduje całkowite poparcie w powszechnie obowiązującej doktrynie i ugruntowanym orzecznictwie KIO opartych na literalnym brzmieniu Pzp. Sformułowanie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp sprawia bowiem, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki, zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, do odrzucenia oferty (Komentarz do art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty (Wyrok ZA., sygn. akt: UZP/ZO/0-82/05).

Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (faxem).

W dniu 20.07.2009 r. Zamawiający przekazał firmie Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiła dnia 03.08.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Inwalidów „Naprzód” w Krakowie po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Podtrzymując wszystkie twierdzenia zawarte w przystąpieniu do protestu.

Ponadto Przystępujący wskazał, że Zamawiający w załączniku nr 5 oraz nr 6 do projektu umowy określił środki do mycia, pielęgnacji i konserwacji powierzchni stosowane

przez DHS oraz środki dezynfekcyjne stosowane obecnie w ZZOZ Oświęcim. Równocześnie Zamawiający w załączniku nr 7 pkt 7 dopuścił używanie przez Wykonawcę środków do mycia i dezynfekcji innych niż w wykazach zawartych w specyfikacji pod warunkiem, że ich spektrum działania będzie zgodne ze specyfikacją potrzeb /spektrum bakteriobójcze, prątkobójcze, grzybobójcze, wirusobójcze, sporobójcze/ a ponadto środki te nie spowodują zniszczenia mytych i dezynfekowanych powierzchni. Wykaz środków myjących i dezynfekcyjnych zostanie zaakceptowany przez Zespół Kontroli Zakażeń Szpitalnych. Jednocześnie Zamawiający określił wymagania ogólne dotyczące środków myjących i konserwujących powierzchnie poziome i pionowe (załącznik nr 5 in fine) i powołał się na te wymagania w załączniku nr 7a.

Z powyższego wynika, w jego ocenie, że Zamawiający dopuszcza możliwość stosowania innych środków niż używane obecnie, odpowiadających oznaczonym typom środków oraz oznaczonym przez Zamawiającego potrzebom.

Załączone przez Przystępującą do oferty dokumenty w postaci kart charakterystyki potwierdzają spełnienie wymagań Zamawiającego.

Przystępująca podnosi, iż karty charakterystyki stanowią dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605). Tym samym, jeżeli uznać, iż Wykonawca składający ofertę nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów (kart charakterystyki) lub dokumenty te zawierają błędy, winien zostać wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do ich uzupełnienia. Zamawiający umieścił również takie pouczenie w SIWZ (pkt 6 - Warunki udziału w postępowaniu - in fine). Odwołujący nie złożył protestu na postanowienia SIWZ i zaakceptował je poprzez złożenie oferty.

Załączone przez Przystępującą do oferty karty charakterystyki potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a nadto - w przypadku braków lub błędów - podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli Odwołujący podnosi, że załączone dokumenty w postaci kart charakterystyki nie potwierdzają spełnienia wymagań Zamawiającego, winien był zgłosić zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującej do uzupełnienia tych dokumentów. Odwołujący nie wniósł protestu na tę okoliczność. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec nieodrzczenia oferty Przystępującej jest zarzutem chybionym, a odwołanie winno zostać oddalone.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, przedłożonymi na rozprawie dowodami (odповідzią z dnia 12.05.2008 r. na pytanie 24 z pierwszego unieważnionego postępowania przetargowego na usługę utrzymania porządku i czystości, zestawieniem dotychczas unieważnionych postępowań na realizację przedmiotowej usługi oraz zestawieniem załącznika nr 5 oraz ulotek producentów odnoszących się do zakwestionowanych preparatów i środków), jak i stanowiskiem stron oraz Przystępującego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do protestu, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniu do odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, a także na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Względem stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w uwzględnieniu odwołania gdyż jego oferta zawiera braki podobne do braków oferty wybranej wskazywanych przez Odwołującego, Izba stwierdza co następuje.

Po pierwsze, ewentualne braki w ofercie Odwołującego nie są przedmiotem niniejszego odwołania. Po drugie, ich podniesienie przez Zamawiającego może mieć miejsce dopiero podczas ewentualnego nakazanego przez Izbę powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Należy także wskazać, że na tym etapie nie ma podstaw do oceniania zasadności zarzutów Zamawiającego, gdyż jak sam wskazał były one oparte nie o karty charakterystyk preparatów, czyli treść oferty, ale ogólnie dostępne ulotki producentów środków. Poza tym, nie miało miejsca wyczerpanie trybu przewidzianego art. 87 ust.1 Pzp, który mimo fakultatywnego charakteru w niektórych sytuacjach np. zagrożenia naruszenia art. 7 ust.1 Pzp jest jak najbardziej wskazany. Podobnie, dostępny jest tryb przewidziany art. 26 ust. 4 Pzp wobec kart charakterystyk, czy też pod pewnymi warunkami tryb wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp. Z tych względów Izba podtrzymuje swoje stanowisko, co do posiadania przez Odwołującego interesu prawnego.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba uznaje za zasadny.

Odnosnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ, skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w pkt 6 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu wskazał, że Wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą spełniać następujące warunki, określając warunki do spełnienia i sposób dokonywania jego oceny i precyzując w ramach informacji i formalności koniecznych do dokonania oceny spełniania wymogów m.in. w ppkt 20 Karty charakterystyki używanych do wykonywania usługi substancji chemicznych lub/o niebezpiecznych (o ile są wymagane) – w 2 egzemplarzach: 1 egzemplarz w ofercie i 1 egzemplarz spięty osobno. Stwierdził także na zakończenie niniejszego pkt SIWZ, że nie spełnienie któregokolwiek ze wskazanych wyżej warunków i wymogów skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ramach pkt 10 SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający w ramach dokumentów i oświadczeń jakie należy dołączyć do oferty pod rygorem jej odrzucenia m.in. w ppkt 17 Karty charakterystyki używanych do wykonywania usługi substancji chemicznych lub/o niebezpiecznych (o ile są wymagane) – w 2 egzemplarzach: 1 egzemplarz w ofercie i 1 egzemplarz spięty osobno. Ponadto, stwierdził w ramach niniejszego pkt, że oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej specyfikacji. W pkt 16 SIWZ Istotne postanowienia umowy uściślił, że inne postanowienia umowy określa wzór umowy stanowiący załącznik do niniejszej specyfikacji. Zgodnie z zapisem ze strony 19 SIWZ jest to projekt umowy na usługę – zał. nr 2 do SIWZ wraz z załącznikami od nr 1 do nr 7, w tym 7a. W ramach formularza ofertowego Zamawiający zawarł pkt 4, w którym Wykonawcy oświadczają, że istotne warunki zamówienia zapisane w specyfikacji, a w szczególności w projekcie umowy – zostały (...) zaakceptowane. Zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy na określonych w nich warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W projekcie umowy stwierdza się w § 1, że jej przedmiotem jest wykonywanie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług polegających na utrzymaniu porządku i czystości w pomieszczeniach administracyjno-eksploatacyjnych, oddziałach, poradniach, laboratoriach oraz na wykonywaniu czynności pomocniczych przy obsłudze pacjenta nie wymagających przygotowania medycznego na rzecz ZZOZ w Oświęcimiu. Z kolei w § 2 Zamawiający uściślił, że do szczegółowych zadań wynikających z postanowień § 1 należy w szczególności: Wykonywanie usługi zgodnie z jej elementami określonymi w załączniku nr 3 oraz w załączniku nr 3a do niniejszej umowy (pkt 3); Wykonywanie usługi zgodnie z organizacją systemu utrzymania czystości w obszarze

medycznym określonym w załączniku nr 4 oraz w obszarze administracyjno-gospodarczym i technicznym określonym w załączniku nr 4a do niniejszej umowy (pkt 4); Wykonawca zobowiązuje się używać typ środków do mycia, pielęgnacji i konserwacji pomieszczeń określonych w załączniku nr 5 do niniejszej umowy (pkt 5); Wykonawca zobowiązuje się używać typ środków do dezynfekcji określonych w załączniku nr 6 do niniejszej umowy (pkt 6); Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia obszaru medycznego opisane w załączniku nr 7 oraz obszaru administracyjno-gospodarczego i technicznego opisane w załączniku nr 7a do niniejszej umowy (pkt 7). Ponadto, w § 4 ust. 2 projektu umowy Zamawiający określił, że Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usługi z należytą starannością zgodnie z ofertą oraz wskazaniem Zamawiającego.

Zamawiający w ramach Załącznik nr 3 Do umowy ELEMENTY USŁUGI - OBSZAR MEDYCZNY wskazał, że Wykonawca w cenie usługi zabezpiecza:

„(..) wymagane jest zastosowanie profesjonalnych środków myjących i zabezpieczających powierzchnie (...).

Środki dezynfekcyjne i myjące muszą być zaakceptowane przez Dział Kontroli Zakażeń Szpitalnych i spełniać wszystkie wymagania dla środków dezynfekcyjnych i myjących przeznaczonych do stosowania w zakładach opieki zdrowotnej. Należy je stosować zgodnie z przeznaczeniem, w ściśle określonym czasie i odpowiednim stężeniu, przechowywać pod zamknięciem. (..) Stosowane środki dezynfekcyjne muszą charakteryzować się:

- brakiem szkodliwego działania na personel i pacjentów, nie uczulać, nie drażnić zapachem,*
- szerokim zakresem dezynfekcji w niskich stężeniach i krótkim czasie działania,*
- są bezpieczne dla dezynfekowanych powierzchni - nie powodują matowienia, korozji, przebarwień, pogorszenia funkcjonalności urządzeń,*
- do dezynfekcji powierzchni skażonej prątkami gruźlicy nie wolno stosować preparatów w rozpylaczu,*
- nie dopuszcza się mieszania ze sobą różnych preparatów dezynfekcyjnych, ani preparatów myjących z dezynfekcyjnymi,*
- neutralizacja powierzchni po dezynfekcji zgodnie z wymaganiami producenta środka dezynfekcyjnego.*

Przygotowane roztwory środków dezynfekcji powinny:

- być sporządzane zgodnie z zaleceniami producenta*
- pojemniki z roztworem powinny być opisane: nazwą preparatu, stężeniem roztworu, datą przygotowania roztworu, nazwiskiem osoby przygotowującej roztwór*

Wymagania ogólne dotyczące środków myjących i konserwujących powierzchnie poziome i pionowe:

A) Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 2 września 2003 r. (Dz. U. z dnia 2 października 2003 r. nr 171 poz. 1666) produkt nie jest sklasyfikowany jako stwarzający zagrożenie dla zdrowia i życia.

B) Oferta przetargowa zawiera do wglądu kartę charakterystyki substancji chemicznej lub/i niebezpiecznej.

C) Opakowania produktów są trwałe i czytelnie oznakowane w języku polskim, co do nazwy produktu, zastosowania, stężeń roboczych, sposobu użytkowania.

D) Wszystkie dane i informacje podane na etykiecie produktu jednostkowego muszą być zgodne z zapisami karty charakterystyki produktu chemicznego/niebezpiecznego.

E) Środki powinny być sprawdzone ekologicznie, ulegać biodegradacji, nie zawierać fosforanów.

F) Wymagane jest stosowanie środków profesjonalnych przeznaczonych do sprzątania obiektów szpitalnych posiadających wysoką skuteczność mycia

G) Nie niszczą mytych powierzchni dot. to szczególnie środków używanych do zmywania starych powłok akrylowych (...).

Z kolei w ramach Załącznik nr 3a do umowy ELEMENTY USŁUGI - OBSZAR ADMINISTRACYJNO - GOSPODARCZY I TECHNICZNY wskazał w pkt 2 zapisy jak przywołane powyżej w załączniku nr 3 do umowy (w odniesieniu do tego co Wykonawca zabezpiecza w cenie usługi). Z odesłaniem, że wykaz aktualnie stosowanych środków dezynfekcyjnych w szpitalu, czyli u Zamawiającego jest w zał. Nr 6.

Natomiast załącznik nr 5 do umowy - Środki do mycia, pielęgnacji i konserwacji powierzchni stosowane przez DHS określa typy stosowanych preparatów. W jego ramach określił w pkt 1. Środek do codziennego mycia i pielęgnacji podłóg (np. typu Indur Brillant firmy Ecolab), m.in. jako zapobiegający ślizganiu się, jak również jako pielęgnujący i nabłyszczający myte powierzchnie. W pkt 2. wskazał Środek do codziennego mycia i czyszczenia powierzchni i urządzeń w pomieszczeniach sanitarnych (np. typu Into Action Plus firmy Ecolab), m.in. jako rozpuszczający się w zimnej lub letniej wodzie o wartości pH w zależności od stopnia stężenia 1-1,5. W pkt 5 wskazał z kolei Preparat do gruntownego mycia powierzchni zabezpieczonych powłokami akrylowymi i niezabezpieczonych silnie zabrudzonych (np. typu Bendurol Maxx firmy Ecolab), m.in. jako preparat po którym po zakończeniu gruntownego sprzątania nie jest konieczne przeprowadzenie neutralizacji podłoża, jak również jako preparat o wartości pH 9,5-10,5. Ponadto, oprócz powyższych szczegółowych wymogów załącznik nr 5 zawiera także wymagania ogólne dla środków myjących i konserwujących, tj.

1. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 2 września 2003 r. (Dz. U. z 2003 r. nr 171 poz. 1666) produkt nie jest sklasyfikowany jako stwarzający zagrożenie dla zdrowia i życia.

2. Oferta przetargowa zawiera do wglądu kartę charakterystyki substancji chemicznej lub/i niebezpiecznej,
3. Opakowania produktów są trwale i czytelnie oznakowane w języku polskim, co do nazwy produktu, zastosowania, stężeń roboczych, sposobu użytkowania.
4. Wszystkie dane i informacje podane na etykiecie produktu jednostkowego muszą być zgodne z zapisami karty charakterystyki produktu chemicznego/niebezpiecznego.
5. Środki powinny być sprawdzone ekologicznie, ulegać biodegradacji, nie zawierać fosforanów.

W załączniku nr 7 do umowy – Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia obszar medyczny Zamawiający stwierdził (na str. 4 niniejszego załącznika), że: *„Wykonawca w cenie usługi zabezpiecza sprzęt i środki zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy. (..)”. Natomiast w pkt 7 wskazał, że: „Zamawiający dopuszcza używanie przez Wykonawcę środków do mycia i dezynfekcji innych niż w wykazach zawartych w specyfikacji pod warunkiem, że ich spektrum działania będzie zgodne ze specyfikacją potrzeb /spektrum bakteriobójcze, prątkobójcze, grzybobójcze, wirusobójcze, sporobójcze/ a ponadto środki te nie spowodują zniszczenia mytych i dezynfekowanych powierzchni. Wykaz środków myjących i dezynfekcyjnych zostanie zaakceptowany przez Zespół Kontroli Zakażeń Szpitalnych”.*

W ramach załącznika nr Zał. nr 7a do umowy - SZCZEGÓŁOWE OKREŚLENIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA OBSZAR ADMINISTRACYJNO-GOSPODARCZY I TECHNICZNY dookreślił, że przedmiot zamówienia stanowią w szczególności usługi bieżącego utrzymania czystości i porządku sprzętanych powierzchni i wyposażenia poprzez m.in. przeprowadzenie dezynsekcję i deratyzację pomieszczeń zgodnie z obowiązującymi normami i przepisami w uzgodnieniu z Zamawiającym (lit. i), czy też spełnienie wymogów bhp w trakcie sprzątnia na mokro i akrylowania - stosowania tablic ostrzegawczych „uwaga ślisko” szczególnie na ciągach komunikacyjnych (lit. j). Ponadto w tabeli odnoszącej się do średniego zużycia miesięcznego stwierdził, że środki do dezynfekcji powierzchni dużych i WC - Wykaz obecnie stosowanych w szpitalu zał. nr 6 do umowy. Zaś środki myjące powierzchnie poziome i pionowe – *„podano całkowity metraż powierzchni poziomych do sprzątnia, ze względu na różnorodność środków myjących stosowanych przez firmy nie określono nazwy środków. Używane przez Wykonawcę mają spełniać wymagania określone w załączniku nr 5 do umowy”.*

Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie w ramach złożonej oferty załączyła dokumenty, jak wskazała, do wymogu zawartego w rozdziale 10 pkt 17 SIWZ, tj. Karty charakterystyk preparatów od str. 47 do 355 oferty. Od strony 180 do 187 Kartę charakterystyk preparatu – REFOR, od str. 277 do 285 Kartę charakterystyk preparatu –

CALETIN, od str. 205 do 212 Kartę charakterystyk preparatu – CALEDOR, od str. 245 do 253 Kartę charakterystyk preparatu – RELINO, zaś od str. 254 do 263.

Na rozprawie Zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 25.07.2009 r.), w której stwierdził, iż nie zasługuje ono na uwzględnienie. Odnosząc się do zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu podtrzymał swojej rozstrzygnięcie protestu, a dodatkowo stwierdził, co następuje:

W jego ocenie Odwołujący nie ma interesu prawnego w uwzględnieniu odwołania gdyż jego oferta zawiera braki podobne do braków oferty wybranej wskazywanych przez Odwołującego. Zamawiający winien więc odrzucić również jego ofertę jako nie spełniająca kryteriów rzekomo wymaganych przez specyfikację.

Zamawiający podniósł, że braki oferty wybranej wskazane zostały przez Odwołującego na podstawie ulotek dołączonych do odwołania. Podkreślił, że ulotki nie zostały dołączone do protestu. Nie były one również wymagane przez niego, gdyż w SIWZ Zamawiający wymagał kart charakterystyki.

Jednakże, Zamawiający stwierdził, że z uwagi na treść protestu i odwołania, dokonał przeglądu ofert Wykonawców i stwierdził co następuje.

Wskazał braki oferty Odwołującego, w ramach ocen zastosowanego środka Windus, Lodan Star, a także środka typu BENDUROL Maxx firmy Ekolab. Podobnie co do oferty trzeciego Wykonawcy wskazał braki odnośnie środka Into Top, Imi Action Plus i środka Brial Top.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Odwołujący wyszedł poza zarzuty zgłoszone w proteście tj. zarzucając naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

Poza tym, Zamawiający podniósł, że nawet gdyby miał obowiązek zażądać od wykonawców pełny wykaz używanych środków poprzez dołączenie kart charakterystyki, a co za tym idzie miał obowiązek wezwać wykonawców do uzupełnienia kart charakterystyki preparatów, to należy stwierdzić, że i tak jedynym kryterium wyboru Wykonawcy była cena złożonej oferty. Wobec powyższego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż ewentualne naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego nie miało wpływu ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Podkreślił także, że Odwołujący mija się z prawdą zarzucając Zamawiającemu, że dopuścił możliwość użycia innych środków jedynie w grupie środków dezynfekcyjnych. W załączniku nr 7 pkt 7 do umowy będącej zał. nr 2 do SIWZ, Zamawiający dopuścił używanie przez Wykonawcę środków do mycia i dezynfekcji innych niż w wykazach zawartych w specyfikacji, a więc stosowanie innych środków dotyczy zarówno środków do mycia, pielęgnacji i konserwacji powierzchni (zał. nr 5 do umowy) jak i środków dezynfekcyjnych (zał. nr 6 do umowy).

Odnosząc zapisy SWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba przypomina za wyrokiem z dnia 27.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP/479/09 że złożenie oferty jest przystąpieniem do przetargu przez danego Wykonawcę, tj. stanowi zawiązanie się stosunku przyrzeczenia publicznego, tzn. porozumienia proceduralnego, generowanego przez ogłoszenie i SIWZ. W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący poprzez złożenie oferty przyjął wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz SIWZ.

Po drugie, stanowisko Przystępującego przedstawione na rozprawie Izba uznaje za niedopuszczalne i stające w sprzeczności nie tylko z przedstawionym powyżej orzeczeniem, ale także uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05, która przesądziła że dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferenta wymogów określonych w SIWZ mogą być uznane za składniki oferty. Niniejsza uchwała wskazała : „(...) Zważyć bowiem należy, że z mocy art. 82 ust. 3 PZP treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Jeśli więc przejawem spełnienia wymagań wynikających z SIWZ było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w § 1 ust. 2 pkt 5 (wykazu wykonanych w ostatnich trzech latach usług) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645), to oznacza to, że informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 PZP (.....)”. Mimo, że zapadło ona w 2005 r. i pod rządami rozporządzenia z 2004 r. zachowuje ona nadal swoją aktualność. W ocenie Izby stanowisko Przystępującego z którego wynika nie branie odpowiedzialności za całość swojej oferty wraz z załącznikami (oferta *sensu largo*), które Przystępujący uznaje za nie stanowiące treści złożonego przez siebie oświadczenia woli (oferta *sensu stricte*) z uwagi na to, że są to dokumenty wydane przez podmiotu trzecie (w tym wypadku Karty charakterystyk preparatów oparte na dokumentach producentów) stanowi zaprzeczenie idei postępowania o udzielenie zamówień publicznego. Przywoływane przez Przystępującego na rozprawie zapisy SIWZ w żadnym wypadku nie mówią o wąskim rozumieniu oferty.

Należy bowiem wskazać, że mimo stwierdzenia przez Przystępującego, że z treści jego oferty nie wynika w żadnym jego zapisie, jakimi środkami będzie on wykonywał zamówienia, ani, iż nie daje ona (złożona przez niego oferta) gwarancji w jaki sposób będzie realizowane zamówienie, taki zapis *de facto* w ofercie istnieje. Wyraźnie bowiem odnosi się w spisie treści złożonej oferty (str. 2 oferty), do dokumentów, jak wskazał, „do wymogu zawartego w rozdziale 10 pkt 17 SIWZ”, tj. Kart charakterystyki używanych do wykonywania usługi substancji chemicznych lub/o niebezpiecznych (o ile są wymagane) - od str. 47 do 355

oferty. Kwestia tego rodzaju, że są to Karty charakterystyk, a nie wykaz środków jest bez znaczenia, gdyż jak wykazano powyżej Przystępujący sam przyznał, że są to karty charakterystyk używanych do wykonywania usługi substancji będących przedmiotem postępowania przetargowego są więc treścią oferty.

Powyższe jest zgodne z istniejącymi przepisami albowiem w przeciwnym razie art. 140 ust. 1-2 Pzp mówiący o tym, że zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, zaś umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ byłyby bezprzedmiotowy. Istotne jest także, że sam projekt umowy w § 4 ust. 2 projektu umowy określa, że Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usługi z należytą starannością m.in. zgodnie z ofertą.

Izba wyjaśnia także, że nie jest do końca tak, jak podnosił na rozprawie Przystępujący, że z uwagi na to, iż karty charakterystyk stanowią opis produktów, czyli mają charakter dokumentów przedmiotowych, więc w wypadku, gdy przedłożone preparaty nie spełniają wymogów Zamawiającego, musi on żądać, ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zastosowanie wskazanego trybu do opisu produktów, czyli kart charakterystyk oraz innych dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego wymienionych w § 3 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2006 r., Nr 87, poz. 605 ze zm.) nie może stać w sprzeczności z art. 87 ust. 1 Pzp. Reasumując uzupełnienie dokumentów przedmiotowych nie może prowadzić do dokonywania jakiejkolwiek zmiany treści oferty, a uwzględniając zastrzeżenie z ust. 2: „*niepowodujących istotnych zmian w treści oferty*”. W niniejszym stanie faktycznym dopuszczalne jest uzupełnienie oferty o „*brakujące preparaty*”, których nie było w ofercie, w sytuacji, gdy dla danej kategorii preparatów, czy środków nie został zaoferowany konkretny preparat, czy też środek oraz o dokumenty potwierdzające że oferowany preparat, czy też środek mimo wszystko spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Jednakże niedopuszczalna jest zmiana jednego preparatu, czy też środka na drugi w wypadku, gdy ten pierwszy nie spełnia warunków o charakterze przedmiotowym określonych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że zapis z załącznika nr 7a do projektu umowy będącego częścią załącznika nr 2 do SIWZ z pkt 5 odnosi się do środków myjących powierzchnię w poziomie i w pionie i wprost określa, że: „*używane przez wykonawcę środki mają spełniać wymagania zawarte w załączniku nr 5 do umowy*”. Niniejszy załącznik dotyczy środków do mycia, pielęgnacji i konserwacji powierzchni w konsekwencji precyzując wymagania względem przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Z kolei załącznik nr 6 do

projektu umowy będącego częścią załącznika nr 2 do SIWZ wskazuje wykaz środków dezynfekujących stosowanych obecnie przez Zamawiającego.

W ocenie Izby pkt 7 załącznika nr 7 do projektu umowy będącego częścią załącznika nr 2 do SIWZ dopuszcza stosownie innych środków dezynfekujących, niż w zał. nr 6, o ile spełniają one spektrum działania wskazane w tym załączniku. Użycie w niniejszym pkt także słowa „*mycie*” nie zmienia niniejszego stanu rzeczy, gdyż środki dezynfekujące mają także właściwości myjące, co wynika z zał. nr 6, gdyż sam Zamawiający w większości z nich, w ramach zastosowania, pisze „*dezynfekcja i mycie*”. Stanowisko z rozprawy Zamawiającego, że środki myjące także mogą mieć charakter dezynfekujący, a w zał. nr 6 wskazano środki, które mają charakter dezynfekujący i myjący, nie ma wpływu na przyjęta przez Izbę ocenę zapisu SIWZ, gdyż jak wskazał sam Zamawiający, ich głównym celem jest dezynfekcja, w zależności od powierzchni, do której są stosowane. Izba wskazuje, że tak załącznik nr 3, jak i 3a do projektu umowy wyraźnie wskazują na środki dezynfekujące oraz środki do mycia i konserwacji powierzchni (wymagania ogólne w odróżnieniu do załącznika nr 5 do projektu umowy, gdzie są wymagania szczegółowe), w tym drugim wypadku użyte jest nazewnictwo pełne, a nie skrótowe. W konsekwencji brak jest wiarygodnych przesłanek na jednoznaczne potwierdzenie, że tak załącznik nr 3, 3a oraz 7 poprzez sformułowanie „*Środki dezynfekcyjne i myjące*” odnoszą się jednolicie także do środków do mycia, konserwacji i pielęgnacji. Użyta koniunkcja również nie potwierdza stanowiska Zamawiającego, gdyż w załączniku nr 6 w ramach zastosowania środków dezynfekujących także używa się tej samej koniunkcji. Poza tym, kolejność w której pierwszeństwo daje się środkom dezynfekującym (w załączniku nr 3, 3a, 6 oraz 7) stanowi o przyjętej jednorodności pojęciowej, tym bardziej wobec niezależnego użycia sformułowania środka do mycia i konserwacji powierzchni (załącznik nr 3 i 3a). Powoływane na rozprawie przez Zamawiającego zdanie, odnoszące się do akceptacji przez Dział Kontroli Zakażeń Szpitalnych także nie świadczy o słuszności argumentacji Zamawiającego, tym bardziej, że w załączniku nr 3a do umowy po zdaniu o którym była mowa powyżej, wskazuje się na wykaz aktualnie stosowanych środków dezynfekcyjnych w szpitalu w załączniku nr 6. Reasumując pkt 7 z zał. nr 7 do projektu umowy dotyczy środków dezynfekujących (patrz także § 2 pkt 5 i 6 projektu umowy) i może być rozpatrywany tylko w oparciu o karty charakterystyk, gdyż można zaproponować kilka środków do realizacji usługi, a następnie uściślić to na etapie realizacji zamówienia, w przeciwnym razie doszłoby do zmiany umowy niezgodnej z art. 144 Pzp. Jednakże Izba zastrzega, że zmiana postanowień zawartej umowy może mieć miejsce dopiero po zawarciu umowy w oparciu o złożoną ofertę w myśl art. 140 Pzp.

Przedłożone przez Zamawiającego dowody, tj. odpowiedź z dnia 12.05.2008 r. na pytania 24 z pierwszego unieważnionego postępowania przetargowego na usługę

utrzymania porządku i czystości oraz zestawienie dotychczas unieważnionych postępowań na realizację przedmiotowej usługi, Izba uznała za bezprzedmiotowe i nie brała ich pod uwagę. Na marginesie Izba wskazuje, że przywołane pytanie zostało zadane w innym postępowaniu niż będące przedmiotem odwołania, poza tym istotnie jest jak wskazał Odwołujący, że nie wynika z przedłożonego pytania, iż to właśnie on jest jego autorem. Ponadto, samo zestawienie wskazuje tylko i wyłącznie, że postępowanie którego dotyczy odwołanie jest czwartym z rzędu na realizację przedmiotowej usługi. Poza tym, tak z pytania, jak i odpowiedzi nie wynika nic ponadto tego, co jest w pkt 7 załącznika nr 7 do umowy będącego częścią załącznikiem nr 2 do SIWZ, w rezultacie nic nie wnosząc do spornej kwestii. Izba stwierdza także, że Zamawiający dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie wskazał literalnie jak w jego ocenie należy rozumieć sformułowanie „Środki dezynfekujące i myjące”.

Rozprawa, jak i stanowiska Zamawiającego i Przystępującego z wcześniejszych pism potwierdzają niezgodność oferty Przystępującego, tj. oferowanych środków i preparatu z załącznikiem nr 5 do projektu umowy będącego częścią załącznikiem nr 2 do SIWZ.

Jednocześnie Izba po analizie Kart charakterystyk odnoszących się do zakwestionowanych przez Odwołującego środków i preparatu stwierdza, że wskazanie przez Zamawiającego, że nie zawierały one informacji mogących być podstawą oceny ich zgodności z postawionymi wymaganiami, gdyż dane te wynikają dopiero z ulotek przedstawionych przez Odwołującego wraz z odwołaniem jest błędne. Z tych względów należy uznać, że faktyczna ocena oferty Przystępującego miała miejsce dopiero na etapie odwołania, mimo że istniały realne możliwości weryfikacji zarzutów Odwołującego na podstawie kart charakterystyk.

Odnosnie środka REFOR (na potwierdzenie wymogów z pkt 1 załącznika nr 5) z karty charakterystyk m.in. wynika (str. 180 oferty), że jest to uniwersalny środek czyszczący, preparat do codziennego czyszczenia (...). W ocenie Izby powyższe zapisy wskazują, że jest środkiem do pielęgnacji i nabłyszczania mytej powierzchni i zapobiega ślizganiu się. Z wyjaśnień przedstawionych na rozprawie wynika, że Zamawiający nie postawił wymogu antypoślizgowego charakteru tego środka. Taki wymóg jest czymś innym niż zapobieganie ślizganiu i ma charakter bardziej restrykcyjny. Uniwersalnym środkiem czyszczącym musi być środkiem do pielęgnacji i nabłyszczania mytej powierzchni, zaś z uwagi na to, że jest to preparat do codziennego czyszczenia musi zapobiegać ślizganiu się.

W odniesieniu do środka CALETIN oraz CALEDON (na potwierdzenie wymogów z pkt 2 załącznika nr 5) Przystępujący przyznał w przystąpieniu że nie są one zgodne z załącznikiem nr 5 przedstawiając stosowne uzasadnienie. Zamawiający stwierdził, że należy zaklasyfikować CALETIN do środka z pkt 3 a nie 2 załącznika nr 5, co ustalił na podstawie konsultacji z producentem środka przed rozprawą. Ponadto, podniósł, że wszelkie

ustalenia mógł dokonać dopiero na podstawie ulotek dołączonych do odwołania oraz ulotek uzyskanych ze strony internetowej producenta kwestionowanych środków. Izba wskazuje, że tak jak poprzednio karty charakterystyk wyraźnie mówią, że CALETIN to: „*Żel do muszli klozetowych. Kwasowy żel do czyszczenia muszli klozetowych (..)*” (str. 277 oferty), „*pH 0-1*” (pkt. 9.7, str. 280 oferty), zaś CALEDOR to: „*środek do mycia pomieszczeń sanitarnych i usuwania osadu wapiennego*” (str. 205 oferty) mający „*pH 2-3*” (pkt. 9.7, str. 206 oferty). Z powyższego wynika, że Zamawiający dysponował informacjami, co do tego że CALETIN nie jest środkiem do rozpuszczania w zimnej lub letniej wodzie, zaś pH CALEDONU jest wyższe od wymaganego.

RELINO (na potwierdzenie wymogów z pkt 5 załącznika nr 5) także wprost wskazuje, że jest środkiem nisko pieniającym, szybko wysychającym (str. 245 oferty), co jednakże nie znaczy że nie jest konieczna neutralizacja wodą, gdyż na str. 247 oferty stwierdza się, że „*Pozostałość spłukać dużą ilością wody*”. Z kolei pH wynosi „*10,5 -11,5 (...)*” (str. 249 oferty). REMAT FORTE (na potwierdzenie wymogów z pkt 1 załącznika nr 5) również wskazuje, że jest środkiem nisko pieniającym (str. 254 oferty), co także nie znaczy że nie jest konieczna neutralizacja wodą, gdyż na str. 256 oferty stwierdza się, że „*Pozostałość spłukać dużą ilością wody*”. Z kolei pH wynosi „*13 -14 (...)*” (str. 258 oferty).

Z powyższego wynika, że tak RELINO, jak i REMAT FORTE wymagają neutralizacji wodą, zaś REMAT FORTE ma niezgodne z wymaganym pH (powinno być pomiędzy 9,5-10,5).

Wskazane informacją wynikają z kart charakterystyk. Z tych względów Izba nie dopuściła dowodu złożonego przez Zamawiającego, tj. zestawienie załącznika nr 5 oraz ulotek producentów odnoszących się do zakwestionowanych preparatów i środków, uznając że stanowią one odzwierciedlenie kart charakterystyk. Ponadto, Zamawiający potwierdził na rozprawie niezgodność CALEDONU i CALETINU z wymaganiami SIWZ, dokonując przy tym innej klasyfikacji CALETINU.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp przez Zamawiającego w odniesieniu do CALEDONU, CALETINU, RELINO oraz REMAT FORTE. Biorąc pod uwagę przeklasyfikowanie CALETINU do pkt 3 załącznika nr 5 Przystępujący zaoferował środki i preparat nie spełniający wymogów z pkt 2 i 5 załącznika nr 5. Reasumując wobec nie możliwości zastosowania trybu art. 26 ust. 3 Pzp bez istotnej zmiany w treści oferty, jak biorąc pod uwagę że mimo uzupełnienia oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu, gdyż wiązałoby się to z jej niedopuszczalną zmianą, Izba uznała jak powyżej.

Oдноśnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba uznała je za zasadne.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert nieokreślonych w SIWZ nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Zgodnie bowiem z art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*