

Sygn. akt: KIO/UZP 1151/09

WYROK
z dnia 21 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek - Bujak

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** oraz **Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. 1-go Maja 9** protestu z dnia 16 lipca 2009 r.

przy udziale **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”, 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** oraz **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 uiszczonego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** oraz **Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 814 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset czternaście złote zero groszy) przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** oraz **Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** na rzecz **Szpitala Miejskiego w Siemianowicach Śląskich, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. 1-go Maja 9** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz związane z jego dojazdem na posiedzenie Izby,
- ~~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 **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** oraz **Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *kompleksowe usługi sprzątania powierzchni szpitalnych, ciągów komunikacyjnych oraz pomieszczeń biurowych, socjalnych* (numer postępowania Sz.M./ZP/20/09), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 21 lutego 2009 roku, 2009/S 36-052841.

Pismem z dnia 6 lipca 2009 roku, przekazany odwołującemu Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Sp. z o.o. w tym samym dniu faksem, poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, która uzyskała najwyższą ilość punktów spośród trzech ofert poddanych punktacji (jeden wykonawca został wykluczony z postępowania). W dniu 16 lipca 2009 roku na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej do zamawiającego Konsorcjum wniosło protest, w którym zarzuciło naruszenie przez zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy pzp. Zdaniem odwołującego wezwaniu w dniu 17 czerwca 2009 r. Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” do uzupełnienia planu higieny, naruszało art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż stwierdzone braki w planie dołączonym do oferty przesądzały jednoznacznie o podstawie odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy). Uzupełnienie dokumentów potwierdzających cechy oferowanych produktów, usług czy robót budowlanych nie może prowadzić do zmiany treści złożonej oferty – zmiany zaoferowanego produktu, usługi czy sposobu wykonania robót budowlanych, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 – prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonanie zmian w jej treści innych niż poprawienie oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO (KIO/UZP/749/09, KIO/UZP/761/09, KIO/UZP/762/09, KIO/UZP/785/09), z którego wynika, iż plan higieny nie stanowi dokumentu podlegającego uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, gdyż zawiera informacje na temat sposobu wykonania zamówienia i stanowi treść oferty, która nie może być w jakikolwiek sposób modyfikowana. Ponieważ czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia planu odwołujący uznał za bezskuteczną, jego zdaniem ocenie powinien podlegać pierwotny, a nie uzupełniony plan higieny, który nie odpowiada treści siwz i stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W pierwotnym planie higieny wykonawca nie zaproponował preparatu, którym można by w sposób prawidłowy wykonać mycie basenów i kaczek w związku z czym, nie będzie w stanie prawidłowo zrealizować przedmiotu zamówienia (Sekumatic FKS – jest środkiem do mycia mechanicznego, a nie ręcznego; Gastronet przeznaczony do sektora żywnościowego, tj. mycia naczyń oraz innych powierzchni i obiektów kuchennych; Chloramix DT nie posiada właściwości myjących, jest przeznaczony do dezynfekcji zmywalnych powierzchni i przedmiotów). Ponadto, Spółdzielnia nie uwzględniła wymaganej częstotliwości sprzątania pomieszczeń biurowych, pokoi lekarzy i ordynatorów (2x w tygodniu).

Wykonawca wniósł o uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wybranego wykonawcy i dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Zamawiający oddalił protest w dniu 27 lipca 2009 roku podnosząc, iż na obecnym etapie nie wykonawca nie mógł skutecznie kwestionować wezwania wykonawcy w trybie art. 26.3 do uzupełnienia planu higieny, gdyż zarzut ten był przedmiotem postępowania odwoławczego w sprawie KIO/UZP 974/09. Z ostrożności zamawiający wyjaśnił, iż w siwz wśród dokumentów wymaganych od wykonawców mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w pkt 9 lit I wymieniony został plan higieny zawierający podział na strefy higieniczne uwzględniające wszystkie obszary szpitala wraz z informacją dotyczącą częstotliwości wykonywanych czynności, użytych środków myjąco-dezynfekujących oraz sprzętem jakim poszczególne czynności będą wykonywane. Zdaniem zamawiającego plan higieny mieści się w katalogu dokumentów, o których mowa w § 3.1 pkt 2 ppkt 3 i § 3 Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów (...). Zadaniem wykonawców było uzupełnienie przygotowanego przez zamawiającego w znacznej części planu przez wskazanie środka myjącego lub dezynfekcyjnego oraz sprzętu, jakim będzie wykonywane zadanie. Dodatkowo wykaz wszystkich środków dezynfekcyjno-myjących oraz wykaz sprzętu zawierały oddzielne załączniki do siwz. W planie higieny wykonawca jedynie przyporządkował środki i sprzęt do poszczególnych czynności określonych przez zamawiającego. W tych okolicznościach plan higieny nie stanowił koncepcji własnej wykonawcy wykonania usługi, a jedynie wykaz środków chemicznych oraz narzędzi i środków do wykonania czynności, zamawiający traktował plan, jako inne ujęcie wykazu środków. Celem wezwania wykonawcy do uzupełnienia planu higieny było doprowadzenie do jego zgodności z treścią oferty. Jako dokument podlegający uzupełnieniu, zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy, a tym samym zarzut naruszenia art. 26.3 jest nietrafny. Dokonując oceny oferty zamawiający wziął pod uwagę uzupełniony plan higieny oraz wyjaśnienia oferenta dotyczące zastosowania preparatu Gastromet w zakresie mycia ręcznego kaczek i basenów. Zarówno wyjaśnienia, jak i karty charakterystyki preparatu potwierdzają brak przeciwwskazań do jego zastosowania w lecznictwie w zakresie mycia kaczek i basenów – karta charakterystyki nie wyklucza innych zastosowań preparatu.

Wobec oddalenia protestu odwołujący w dniu 6 sierpnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania wskazane w proteście. W uzupełnieniu dotychczasowego stanowiska odwołujący porównał zapisy pierwotnego planu higieny oraz po zmianie planu, które mają wskazywać na niedozwoloną

zmianę w treści oferty. W wyniku uzupełnienia wykonawca zmienił pierwotną treść oświadczenia albo przez podanie preparatów i sprzętu których wcześniej nie przewidywał, albo przez rozbitcie na poszczególne czynności dla danego sprzętu, ze zmianą częstotliwości i zakresu usługi. W jednej z pozycji wykonawca usunął środek, a jedną pozycję dodał (sprzątanie pomieszczeń).

W trakcie posiedzenia niejawnego prowadzonego z udziałem stron i uczestnika postępowania – przystępującej po stornie zamawiającego Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”, skład orzekający uznał, iż jeden z zarzutów odwołana, dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez wadliwe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, dotyczy czynności zamawiającego, na którą wniesiony został protest ostatecznie rozstrzygnięty postanowieniem KIO z dnia 6 sierpnia 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 974/09). W proteście i odwołaniu będącym obecnie przedmiotem rozpoznania, Konsorcjum zakwestionowało czynność zamawiającego z dnia 17 czerwca 2009 roku. polegającą na wezwaniu Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” do uzupełnienia planu higieny, którego braki przesądzały o podstawie do odrzucenia oferty Spółdzielni. Czynność wezwania do uzupełnienia dokumentu była przedmiotem protestu z dnia 17 czerwca 2009 roku wniesionego przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód”, w którym zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 i 26 ust 3 ustawy, gdyż wezwanie nie zawierało wskazania błędów występujących w złożonym planie higieny. Uczestnikiem postępowania protestacyjnego było obecnie odwołujące się konsorcjum, które w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego podnosiło zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, na tej podstawie, iż charakter stwierdzonych braków w planie higieny złożonym przez spółdzielnię uzasadnia odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, bowiem wykonawca złożył niekompletną ofertę, z której nie wynika, w jaki sposób zamierza on zrealizować zamówienie. Zamawiający oddalając protest z dnia 17 czerwca 2009 roku uznał, iż wezwanie było zgodne z przepisami ustawy, a on sam nie był zobowiązany do wskazywania uchybień w złożonych dokumentach. Wobec oddalenia protestu, Konsorcjum wniosło odwołanie, które zostało odrzucone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 974/09).

W tak ustalonych okolicznościach, skład orzekający stwierdził, iż Konsorcjum nie mogło obecnie skutecznie podnosić zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, a zarzut ten jako spóźniony nie podlega rozpoznaniu na rozprawie. Odwołujący miał możliwość wniesienia samodzielnego protestu wobec czynności zamawiającego z dnia 17 czerwca 2009 r. i podnosić w nim zarzuty dotyczące jej prawidłowości, w terminie liczonym od dnia powzięcia informacji o wezwaniu skierowanym do Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” (tj. informacji o wniesionym proteście). Izba nie uznała za dopuszczalne podnoszenie zarzutu

spóźnionego, jako rozszerzenie argumentacji dla zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Na tej podstawie na rozprawie rozpoznaniu podlegały wyłącznie zarzuty naruszenia art. 7, 89 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1, a więc odnoszące się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu, stanowisko Izby sprowadzało się do ustalenia, czy decyzja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej nie narusza przepisów ustawy, w tym w szczególności, czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza nie podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z treścią siwz. Poza zakresem rozpoznania przez Izbę pozostawała ocena, czy plan higieny mógł podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Stanowisko odwołującego opierało się na ocenie wyłącznie pierwotnie złożonego wraz z ofertą planu higieny, który zawierał braki odnoszące się do sposobu spełnienia świadczenia i dotyczące preparatów i sprzętu, częstotliwości i zakresu usługi (w tym brak jednej z pozycji – sprzątanie pomieszczeń). W ocenie odwołujący fakt, iż zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu nie określił, jakie nieprawidłowości lub braki zawiera pierwotny plan higieny, przesądza o braku możliwości oceny uzupełnionego dokumentu, jako zgodnego z treścią siwz. A ponadto, jako niedozwolona zmiana treści oferty, nie mógł on stanowić podstawy dla jej oceny. Na tej podstawie uznał, iż oferta powinna podlegać odrzuceniu, jako niezgodna z treścią siwz.

Zamawiający na rozprawie potwierdził, iż uzupełniony plan higieny jest zgodny z siwz, a treść wyjaśnień Spółdzielni z dnia 1 lipca 2009 roku potwierdzała, możliwość zastosowania preparatu Gastronet do ręcznego mycia kaczek i basenów.

Skład orzekający uznał, iż odwołujący nie przedstawił dowodów dla poparcia twierdzeń o niezgodności treści oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z wymaganiami siwz. Twierdzenie, iż uzupełniony plan higieny nie mógł być poddany ocenie przez zamawiającego na tej podstawie, że zamawiający nie wskazał w wezwaniu do jego uzupełnienia w jakim zakresie winien podlegać on uzupełnieniu, nie jest wystarczające dla udowodnienia niezgodności treści oferty z siwz. Skoro Odwołujący na rozprawie nie potrafił wskazać w jakim zakresie uzupełniony plan higieny nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy należało oddalić. Treść protestu determinuje zakres zarzutów podniesionych skutecznie względem oferty wybranej. Skoro odwołujący podnosił w proteście wyłącznie dwie okoliczności mające potwierdzać niezgodność oferty z treścią siwz, to tylko w tym zakresie mógł wnieść odwołanie. Powoływanie się w odwołaniu, czy też dopiero na rozprawie na dalsze

nieprawidłowości oferty, jako rozszerzenie argumentacji dla postawionego zarzutu niezgodności treści oferty z siwz, pozostaje bez znaczenia dla merytorycznego rozpoznania odwołania. W ocenie składu orzekającego zamawiający był uprawniony przyjąć wyjaśnienia wykonawcy w zakresie zastosowania preparatu Gastronet, a odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, który mógłby potwierdzić jego twierdzenie o braku możliwości jego zastosowania dla mycia basenów i kaczek. W zakresie drugiej z okoliczności podniesionej w proteście i dotyczącej braku uwzględnienia w treści oferty sprzątnięcia pomieszczeń biurowych oraz pokoi lekarzy i ordynatorów z częstotliwością 2 razy w tygodniu, skład orzekający stwierdził, iż w załączniku nr 1 do oferty (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” pozycja ta została wymieniona. Skoro dokument ten został opatrzony podpisem osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawcy, to należało uznać, iż wykonawca oświadczył, iż w zakresie świadczonej usługi pomieszczenia biurowe, pokoje lekarzy i ordynatorów będą sprzątane 2 razy w tygodniu.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy nie został przez odwołującego w żaden sposób dookreślony, co nie pozwalało na merytoryczne odniesienie się do zarzutu.

Mając powyższe na uwadze odwołanie podlega oddaleniu. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i 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), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem) oraz koszty jego dojazdu na posiedzenie (przejazdu pociągiem w wysokości 214 zł – na podstawie biletów PKP), Izba obciążyła odwołującego się.

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, 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....