

POSTANOWIENIE

z dnia 9 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 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

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu ul. H. Kamińskiego 73a, 51-124 Wrocław

protestu z dnia 30 listopada 2009 r.

przy udziale

1. Niro Sp. z o.o. ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin,

2. Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 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 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 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,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt 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. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „całodobowego kompleksowego utrzymania czystości, dezynfekcji oraz zapewnienia transportu wewnętrznego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 15 grudnia 2008 r. pod numerem 2008/S 243-323790. Wartość zamówienia wynosi 8.112.000 złotych, tj. 2.092.285 euro, a więc przekracza tzw. progi unijne.

20 listopada 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o uznaniu za najkorzystniejszą oferty Niro Sp. z o.o. Zgodnie z tą informacją przyczyną

odrzućcia Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych było niezawarcie w wymaganym przez Zamawiającego planie higieny ilości środków przewidzianej do wykonania usługi.

30 listopada 2009 r. Odwołujący wniósł protest na tę czynność.

Zamawiający odrzucił ten protest 10 grudnia 2009 r. stwierdzając, że w stosunku do oferty Niro Sp. z o.o. został on wniesiony z uchybieniem terminów określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, gdyż Odwołujący od 8 maja 2009 r., tj. dnia ogłoszenia wyników postępowania, wiedział, iż Zamawiający uznał ofertę Niro Sp. z o.o. za ważną. Natomiast w stosunku do czynności odrzucenia oferty Odwołującego – była ona już przedmiotem postępowania odwoławczego przed Izba – sygn. akt KIO/UZP 749/09, 761/09, 762/09 i 785/09, a oprotestowana czynność została wykonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zatem, zgodnie z art. 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący nie może korzystać ze środków ochrony prawnej.

Od powyższego rozstrzygnięcia 18 grudnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodnie z ustawą odrzucenie protestu Odwołującego,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia publicznego podmiotowi wybranemu niezgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych,
4. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,
5. art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki w ofercie Odwołującego

i wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako że w jego ofercie nie ma istotnych różnic pomiędzy treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a treścią oferty Odwołującego lub alternatywnie,
2. nakazanie Zamawiającemu poprawienia oczywistej omyłki w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
5. dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w wyniku której dokonał wyboru oferty wykonawcy Niro Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdził, że kwestia odrzucenia oferty Odwołującego była już przedmiotem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, a zatem Odwołujący nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Jednak stanowisko to jest błędne, gdyż przedmiotem postępowania była kwestia niezgodności oferty Odwołującego z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zarzuty oparte były na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem obecnie Odwołujący podniósł, że jego oferta zawiera omyłkę nieistotną, którą Zamawiający zobligowany jest poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający zaniechał i żądanie zastosowania trybu określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo

zamówień publicznych. Zamawiający obowiązany jest dokonać poprawienia omyłki zawartej w planie higieny w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający posiada wszelkie podstawy prawne do takiego działania, gdyż uzyskał niezbędne informacje dotyczące rodzaju materiałów oraz częstotliwości, przy jednoczesnym stwierdzeniu przez Zamawiającego w piśmie z 12 stycznia 2009 r., że ilości materiałów niezbędne do wykonania zależą od wykonawcy, który to wymóg został zaakceptowany w pełni oraz uwzględniony przez Odwołującego w jego ofercie. Niezależnie od powyższego za rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowani uczciwej konkurencji w postępowaniu uznać należy zachowanie Zamawiającego, który w przypadku takich samych uchybień w ofercie Odwołującego oraz w ofercie wybranego wykonawcy zdecydował, że w przypadku oferty Odwołującego dokona odrzucenia tej oferty, a drugą uzna za najkorzystniejszą.

Protest w zakresie zarzutów dotyczących oferty Niro Sp. z o. o. został wniesiony w terminie, dopiero bowiem w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu i dokonania wyboru oferty Niro Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej Odwołujący zyskał uprawnienie do wniesienia zarzutów i wniosków podniesionych w proteście.

Poza tym oferta Niro Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujących punktach:

1. Zamawiający w pkt. VIII ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż do oferty należy dołączyć plan higieny z podziałem na strefy czystości uwzględniający m.in. dobór sprzętu i materiałów z podaniem ilości przewidzianej do realizacji zamówienia. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie 2.5 z 12 stycznia 2009 r. „ilości materiałów niezbędnych do wykonania usługi zależą od Wykonawcy, a powinny zostać wyliczone na podstawie zaproponowanej technologii sprzątania, zakresu usług, opisu przedmiotu zamówienia i danych statystycznych określonych z należytą starannością przez Zamawiającego w załącznikach nr 6, 6.2, 6.2 i 6.3”. Niro Sp. z o.o. wskazała „wykaz środków

higienicznych, jakich zamierza użyć do wykonania zamówienia”, tj. ręczniki w rolkach, ręczniki składane, papier toaletowy, worki foliowe oraz określiła ich ilość – „wg potrzeb”, zatem zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający nie są w stanie ocenić, jaką faktyczną ilość materiałów zamierza ona przeznaczyć do świadczenia usługi. Dodatkowo Zamawiający nie jest w stanie ocenić, jakich materiałów Niro Sp. z o.o. użyje do realizacji przedmiotu zamówienia, bowiem wskazała ona jedynie cechy proponowanych materiałów.

2. Niro Sp. z o.o. zaproponowała do wykonania czynności mycia i dezynfekcji lodówek preparat Incidin Plus w stężeniu 2%. Środek ten nie jest przeznaczony do mycia i dezynfekcji powierzchni kontaktujących się z żywnością.

3. Zamawiający wymagał mycia i dezynfekcji lamp sufitowych, bezcieniowych i bakteriobójczych z częstotliwością 1 raz w miesiącu. Niro Sp. z o.o. do wykonania tej czynności zaproponowała preparat Incidin Liquid Spray. Preparatem tym nie można w sposób prawidłowy wykonać dezynfekcji promienników, stanowiących część lamp bakteriobójczych. Wykonawca w swojej ofercie nie zaproponował żadnego innego środka, którym można by wykonać ww. czynność. W związku z powyższym Niro Sp. z o.o. nie będzie w stanie zrealizować wszystkich czynności wskazanych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie ustalonego powyżej stanu faktycznego, dokumentacji postępowania i oświadczeń złożonych podczas posiedzenia Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu .

Izba stwierdziła, iż poprawność odrzucenia oferty na wskazanej przez Zamawiającego podstawie była już przedmiotem rozpoznania w wyroku Izby o sygn. akt KIO/UZP 749/09, 761/09, 762/09 i 785/09 i w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu sygn. akt X Ga 227/09, co przyznał sam Odwołujący podnosząc jedynie, iż nie rozpatrywano jej w aspekcie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stanowisko Odwołującego nie znajduje jednak potwierdzenia w przepisach prawa – treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z tym przepisem oferta podlega odrzuceniu, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który mówi o poprawieniu przez zamawiającego pomyłki innej niż oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa polegająca na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Tak więc z samego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż oba przepisy są ze sobą połączone i zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, musi wziąć pod uwagę to, czy nie można jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym odrzucając ofertę jednocześnie stwierdza, choćby milcząco, iż takiej poprawki nie mógł dokonać. Analogicznie powinno przebiegać badanie oferty i rozstrzygnięcie przez Izbę lub sąd, niezależnie od wskazania tej okoliczności przez wykonawcę. I z tego samego powodu wykonawca, który czuje się pokrzywdzony decyzją zamawiającego i który uważa, iż taki zarzut w stosunku do zamawiającego powinien mieć miejsce, powinien postawić go w obronie swojej oferty.

Stwierdzenia sądu dotyczącego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawartego w wyroku X Ga 227/09, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie można potraktować jako nakazania Zamawiającemu dokonania powyższej czynności, sąd jedynie stwierdził, z jakich przyczyn nie rozpatrywał tej kwestii.

Zatem Izba uznała, iż zarzut ten podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie dotyczy czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Poza tym Izba zwraca uwagę, iż, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ostatecznym rozstrzygnięciem protestu jest wyrok Izby.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Niro Sp. z o.o. Izba stwierdziła, iż nie są one wniesione po terminie. Co prawda w systemie środków ochrony prawnej obowiązuje zasada ich koncentracji, jednak nie może ona prowadzić do wykładni ad absurdum. Odwołujący, w chwili uznania jego oferty za najkorzystniejszą, nie miał interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w negowaniu ofert ocenionych niżej niż jego oferta, gdyż ewentualne błędy zamawiającego w tym zakresie nie wpływały na jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia – wręcz przeciwnie, w jego interesie było jak najszybsze zawarcie umowy, a nie opóźnianie tej czynności poprzez wnoszenie protestu. Izba stwierdziła jednak, iż w obecnej sytuacji, gdy Odwołujący utracił status wykonawcy, co zostało stwierdzone ww. wyrokami, nie jest on podmiotem uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej, który to zakres podmiotowy określa m.in. art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawnieni to przyznając wykonawcom, uczestnikom konkursu i innym osobom (przy czym określenie „inne osoby” nie odnosi się do podmiotów, które status wykonawcy posiadały, lecz go utraciły w wyniku prawidłowego wykluczenia lub odrzucenie oferty). Tym samym Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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 z późn. zm.), uwzględniając fakt, iż do łącznego rozpoznania skierowano dwa odwołania. Izba nie przyznała Zamawiającemu kosztów postępowania ze względu na nieprzedstawienie rachunków, o których mowa w ww. przepisie rozporządzenia.

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 niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....