

Sygn. akt: KIO/UZP 441/09

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania, wniesionego przez konsorcjum firm: **Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **106 Szpital Wojskowy z Przychodnią SPZOZ, ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice** protestu z dnia 13 marca 2009 r.

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego:

1. **Niro Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin** po stronie Zamawiającego,
2. **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków** po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **konsorcjum firm: 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

W proteście z dnia 13.03.2009r. konsorcjum w składzie: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Sp. z o.o., zwane dalej konsorcjum, zarzuciło zamawiającemu niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty wykonawcy NIRO Sp. z o.o., tj. z naruszeniem zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 oraz z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp

Konsorcjum zażądało:

1. uchylecia czynności wyboru oferty wykonawcy NIRO Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty wykonawcy NIRO Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
4. dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Wykazując swój interes prawny konsorcjum wskazało, że w razie uwzględnienia protestu jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu odnośnie oferty wykonawcy NIRO Sp. z o.o. konsorcjum wskazało, że z treści wyjaśnień wybranego wykonawcy z dnia 19.01.2009r. wynika jednoznacznie, że wbrew przepisowi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp doszło do nieuprawnionej zmiany treści złożonej uprzednio oferty, ponieważ wymienione na str. 79, 81, 92, 175 i 199 oferty NIRO Sp. z o.o. braki nie mogą stanowić "oczywistych omyłek". Analiza charakteru tych braków potwierdza, że w rezultacie "niezamierzonej niedokładności" wybrany wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ. Opis przewidzianych przez tego wykonawcę do realizacji usług jest bez wątpienia niepełny, inne są częstotliwości wykonywania czynności oraz przedstawiono preparaty, których użycie nie jest wystarczające do spełnienia wymogów zamawiającego. Wskutek złożonych wyjaśnień zmienił się w sposób istotny zakres oferty, dodając całkiem nowe czynności oraz nowe preparaty, które nie zostały uwzględnione w złożonej ofercie.

Odnośnie oferty Spółdzielni Inwalidów "Naprzód" konsorcjum wskazało, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał dołączenia do oferty wykazu doboru środków czystościowo-dezynfekcyjnych, opracowanego na podstawie wymagań minimalnych, zawartych w Dodatku nr 1 do SIWZ. W załączniku tym zamawiający żądał m.in. preparatu do dezaktywacji mikrobiologicznej moczu.

Wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” zaproponował preparat Septacid. Konsorcjum wyjaśniło, że mocz należy traktować, podobnie jak każdego rodzaju wydzielinę, wydalinę lub płyn ustrojowy pochodzący z organizmu człowieka, jak materiał organiczny, w związku z czym preparat przeznaczony do dezaktywacji moczu powinien charakteryzować się działaniem bójącym także w obecności zanieczyszczeń organicznych. Natomiast zaproponowany przez wykonawcę preparat Septacid nie spełnia tego wymogu, ponieważ jest do preparat do dezynfekcji powierzchni niezanieczyszczonych materiałem organicznym.

Nadto konsorcjum podniosło, że z treści udzielonych przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” wyjaśnień z dnia 19.01.2009r. wynika jednoznacznie, że wbrew przepisowi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp doszło do nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty. Błąd zawarty na stronie 130 (sformułowanie „iennie”) nie może bowiem zostać skorygowany na zwrot: „Po każdym użyciu, a jeśli nie jest używane to 1 x dziennie”.

W odwołaniu konsorcjum podtrzymało swoje stanowisko zawarte uprzednio w proteście.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że skierowane w dniu 15.01.2009r. wezwanie zamawiającego do Niro Sp. z o. o. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dotyczyło wyjaśnień odnośnie rozbieżności w częściach oferty na kartach 79 i następnym Planu higieny w kontekście dalszej części dokumentu (karty 204-226) oraz oświadczenia (dodatku Nr 1 do SIWZ). Wyjaśnił, że na kartach 201-226 wykonawca ten uzupełnił wszystkie wymagane czynności w zgodzie z SIWZ. Nadto zwrócił uwagę, że każdy z wykonawców złożył pisemne oświadczenie spełniania wszystkich wymogów zawartych w SIWZ pod rygorem odpowiedzialności karnej z art. 279 § 1 kodeksu karnego.

Wskazał, że jest nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do zastosowania wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w stosunku do zagadnień przedstawionych w ofercie w sposób mogący budzić wątpliwości w zakresie dokumentów i oświadczeń określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie niezgodności oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z treścią SIWZ, a to zaproponowanego przez tego wykonawcę preparatu zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Stosownie zaś do art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne. W tym stanie konsorcjum, stawiając wskazany zarzut, winno było jednocześnie (w terminie) wskazać wszelkie dowody na poparcie zasadności swego twierdzenia, tymczasem poza ogólnym stwierdzeniem, że „jest to preparat do dezynfekcji powierzchni niezanieczyszczonych materiałami organicznymi” konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów (choćby karty charakterystyki).

Zamawiający wskazał, że zarzutowi konsorcjum przeczy oświadczenie wykonawcy NIRO Sp. z o.o., zawarte w jego przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Odnosnie błędu językowego „iennie” na stronie 130 oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w zakresie częstotliwości mycia z dezynfekcją łazienek i ubikacji, zamawiający stwierdził, że w dniu 15.01.2009r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp co do wspomnianego zapisu, z jednoczesnym wskazaniem, iż jeżeli jest to błąd dokumentu – złożenia w zakreślonym terminie dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowaną usługę wymagań określonych przez zamawiającego. Wykonawca złożył dokument potwierdzający spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, oferty wykonawcy NIRO Sp. z o.o., Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”, ulotki Przedsiębiorstwa Innowacyjno – Wdrożeniowego „Impuls” dotyczącej preparatu Septacid z dnia 30.09.2008r., Decyzji Ministra Zdrowia z dnia 29.04.2004r. – pozwolenie nr 1109/04 na obrót produktem biobójczym, opracowania Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowy Zakład Higieny z 2008r., Decyzji Ministra Zdrowia z dnia 12.09.2008r. – pozwolenie nr 3583/08 na obrót produktem biobójczym Septacid, informacji Przedsiębiorstwa Innowacyjno – Wdrożeniowego „Impuls” dotyczącej preparatu Septacid z dnia 17.04.2009r., stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach, a także przedstawionych przez odwołującego i przystępującego w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 13.03.2009r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Odnośnie interesu prawnego odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania. Potwierdzenie się bowiem zarzutu bezpodstawnego zaniechania odrzucenia przez zamawiającego ofert sklasyfikowanych bezpośrednio przed ofertą odwołującego, oznaczałoby dla odwołującego możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę NIRO Sp. z o.o. w następstwie nieuprawnionego uwzględnienia przez zamawiającego wyjaśnień tego wykonawcy z dnia 19.01.2009r. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim odwołujący ani w proteście i w odwołaniu, ani na rozprawie nie sprecyzował, jakie braki na stronach 79, 81, 92, 175 i 199 wystąpiły w ofercie wykonawcy

NIRO Sp. z o.o., na czym polega niekompletność opisu usług przewidzianych do realizacji, o jakie odmienności częstotliwości chodzi oraz jakie preparaty są niewystarczające do spełnienia wymogów zamawiającego i dlaczego.

Skład orzekający Izby uznał zatem, że odwołujący nie wykazał żadnej niezgodności treści oferty NIRO Sp. z o.o. z treścią SIWZ, do czego był zobowiązany zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego, wskazującym, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, czyli w tym przypadku na odwołującym.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” z powodu niespełnienia przez zaproponowany preparat Septacid wymogu posiadania właściwości bójczych w obecności zanieczyszczeń organicznych z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, z faktu dopuszczenia przez Ministra Zdrowia do obrotu produktu biobójczego Septacid, który, jak wskazuje opis zastosowania tego produktu w pkt 2 Decyzji Ministra Zdrowia z dnia 12.09.2008r., jest preparatem przeznaczonym do mycia i dezynfekcji w sanitariatach armatury sanitarnej, wynika, że preparat ten ma działanie biobójcze również w przypadku moczu. Nie sposób bowiem przyjąć, że w w/w Decyzji wskazano możliwość mycia i dezynfekcji przy użyciu tego preparatu sanitariatów z armaturą sanitarną z pominięciem przeznaczenia i wykorzystania tejże armatury. Oczywistym jest, że w przypadku armatury sanitarnej możliwy jest jej kontakt z zabrudzeniami o charakterze organicznym, w szczególności z zabrudzeniami moczem. Również z wcześniej wydanej Decyzji Ministra Zdrowia z dnia 29.04.2004r. wynika, że Septacid jest produktem biobójczym, służącym do mycia i dezynfekcji pomieszczeń i urządzeń sanitarnych w placówkach służby zdrowia.

Ulotka producenta - Przedsiębiorstwa Innowacyjno – Wdrożeniowego „Impuls” potwierdza przeznaczenia preparatu, jak w decyzji Ministra Zdrowia z dnia 12.09.2008r., zaś w informacji z dnia 17.04.2009r. producent wprost wskazał, że preparat Septacid wykazuje działanie biobójcze wobec powierzchni zanieczyszczonych związkami organicznymi, w tym moczem. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie zostało wykazane przez odwołującego, że informacje zamieszczone w tym piśmie są informacjami nieprawdziwymi oraz, że osoba pełniąca w danym przedsiębiorstwie funkcję Zastępcy Dyrektora ds. Produkcji i Rozwoju nie miała uprawnień do wydawania informacji na temat produktu tego przedsiębiorstwa.

Wobec potwierdzenia właściwości biobójczych preparatu Septacid aktualną Decyzją Ministra Zdrowia skład orzekający Izby nie uznał za wiarygodne opracowania Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego, po pierwsze z tego względu, że brak jest informacji, czy opracowania to zostało sporządzone po wydaniu Decyzji Ministra Zdrowia z 12.09.2008r., po drugie z tego powodu, że właściwym, co do określania właściwości i przeznaczenia produktu uznał w tym przypadku organ – tj. Ministra Zdrowia, nie zaś Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego.

Nadto skład orzekający Izby stwierdził, że w opracowaniu Instytutu (str. 6) wskazano jedynie, że „Do dezynfekcji powierzchni zanieczyszczonych, czyli powierzchni, o których wiadomo, że zawierają lub mogą zawierać substancje organiczne i/lub nieorganiczne, zaleca się stosowanie preparatów przeznaczonych do dezynfekcji powierzchni zanieczyszczonych, w parametrach, które w wykazie są oznakowane symbolem „Z”, przy czym brak jest w tym opracowaniu na stronach wskazanych przez odwołującego (5,6 i 22) stwierdzenia, że sam preparat Septacid nie posiada właściwości dezynfekcyjnych powierzchni zanieczyszczonych substancjami organicznymi. Wynika z tego jedynie, że preparat Septacid nie posiada parametrów zalecanych przez Instytut.

Skład orzekający Izby uznał zatem, że odwołujący nie wykazał, iż preparat Septacid nie spełnia wymogu Zamawiającego posiadania właściwości bójczych w obecności zanieczyszczeń organicznych.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” z powodu uwzględnienia przez zamawiającego wyjaśnień tego wykonawcy z dnia 19.01.2009r. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że wprowadzając w złożonej przez siebie ofercie na stronie 130 wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w części dotyczącej łazienek i ubikacji w pozycji: „łóżko-wanny” wskazał częstotliwość wykonywania pracy; „iennie”, tj. nie odpowiadającej żądaniu zamawiającego, zawartym Dodatku Nr 1 do SIWZ, gdzie zamawiający wskazał częstotliwość: „Po każdym użyciu, a jeśli nie jest używane to 1 x dziennie”, to jednak w ocenie składu orzekającego Izby nie może to stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”.

W ocenie składu orzekającego Izby bowiem, niezgodność ta stanowi oczywistą omyłkę pisarską, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i zgodnie z tym przepisem winna być przez zamawiającego poprawiona. W związku jednak z odpowiednimi wyjaśnieniami Spółdzielni „Naprzód” w tym zakresie niezasadnym wydaje się faktyczne dokonywanie tej czynności w ofercie tego wykonawcy przez zamawiającego.

Za oczywistym charakterem tej omyłki przemawia:

1. fakt, że samo sformułowania „iennie” w języku polskim nic nie oznacza, co wskazuje ewidentnie na pominięcie treści przed tym sformułowaniem,
2. fakt, że „strona graficzna” kwestionowanej pozycji wyraźnie narzuca wniosek, że treść wcześniejsza uległa wymazaniu (widoczny punkt przed „iennie”),
3. wymagany zapis w tej pozycji został narzucony treścią SIWZ przez samego zamawiającego.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że nawet gdyby uznać, że omyłka ta nie ma charakteru oczywistej omyłki pisarskiej, to zamawiający miałby prawo ją poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

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

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*