

Sygn. akt KIO/UZP 944/08

WYROK
z dnia 19 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Żak SYSTEM Sp. z o.o., ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszku, ul. Komisji Edukacji Narodowej 1, 07-200 Wyszki** protestu z dnia 14 sierpnia 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszku, ul. Komisji Edukacji Narodowej 1, 07-200 Wyszki i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Żak SYSTEM Sp. z o.o., ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszku, ul. Komisji Edukacji Narodowej 1, 07-200 Wyszku** na rzecz **Żak SYSTEM Sp. z o.o., ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Żak SYSTEM Sp. z o.o., ul. Złoty Róg 13, 30-095 Kraków.**

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

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na zapewnienie całodobowego utrzymania czystości w SPZZOZ w Wyszku. W wyniku powiadomienia o wynikach postępowania (otrzymanego za pośrednictwem faxu w dniu 13.08.2008 roku) protest dnia 14.08.2008 roku wniósł Żak System Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Protestujący podniósł zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy COPRANORD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, zaniechania odrzucenia oferty COPRANORD Sp. z o.o. nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: specyfikacji - i żądał unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty COPRANORD Sp. z o.o. oraz dokonania przez Zamawiającego czynności ponownej oceny ofert nie podlegających odrzuceniu i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający przekazał rozstrzygnięcie protestu w dniu 25.08.2008 roku za pośrednictwem faxu. Zamawiający oddalił protest a w uzasadnieniu wskazał, że oferta COPRANORD Sp. z o.o. zawiera wykaz wykonywanych w ostatnich 3 latach usług

utrzymania czystości w szpitalu w pomieszczeniach medycznych o powierzchni co najmniej 1000 m² spełniający wymagania określone w specyfikacji.

Zamawiający wyjaśnił również, że zwrócił się do COPRANORD Sp. z o.o. o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655) – dalej: Pzp, w tym dotyczących złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów (art. 26 ust. 4 Pzp) w zakresie wykazu usług i procedury dezynfekcji. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia udzielone przez COPRANORD Sp. z o.o. nie wpłynęły na treść złożonej oferty.

Nie zgadzając się z powyższym stanowiskiem Żak System Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie w dniu 28.08.2008 roku za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z zachowaniem warunku jednoczesności przekazania jego kopii Zamawiającemu. Odwołujący się ponowił żądania i zarzuty protestu - naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że załączony do oferty wykaz usług Firmy COPRANORD Sp. z o.o. zawiera usługi, z których żadna nie odpowiada warunkom udziału w postępowaniu (realizowane były na powierzchni mniejszej niż wymagana przez Zamawiającego i dotyczyły pomieszczeń nie tylko medycznych, ale również administracyjnych). W oparciu o orzeczenia Zespołów Arbitrów Odwołujący się wywiódł, że skoro złożony przez COPRANORD Sp. z o.o. wykaz w sposób oczywisty potwierdza, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie może skorzystać z art. 26 ust. 3 Pzp, w celu potwierdzenia spełniania przez COPRANORD Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu. Za niedopuszczalną uznał Odwołujący się również możliwość wyjaśniania treści wykazu usług.

Jako niezgodność oferty COPRANORD Sp. z o.o. z treścią specyfikacji Odwołujący się podniósł, że oferta COPRANORD Sp. z o.o.:

- nie zawiera informacji o stosowanych środkach do dezynsekcji i deratyzacji, brak w procedurach utrzymania czystości i porządku, organizacji pracy i czynności deratyzacji i dezynsekcji;
- nie zawiera opisu procesu sprzątnia dla każdego pomieszczenia;
- nie zawiera pisemnego przedstawienia w ofercie metod kontroli jakości, w ofercie znajdują się jedynie wzory protokołów kontroli czystości i tabele samokontroli pracowników. Brak wymaganego przez Zamawiającego opisu procesu kontroli z uwzględnieniem etapu kontroli pracownika przez pracownika nadzoru wykonawcy oraz przedstawiciela zamawiającego.

Odwołujący się powołując się na orzecznictwo Zespołów Arbitrów podniósł, że odrzucenie oferty zarówno niezgodnej merytorycznie, jak i co do sposobu sporządzenia ze specyfikacją jest obowiązkiem Zamawiającego.

Na podstawie dowodu z akt sprawy, w tym specyfikacji, oryginałów ofert, korespondencji Zamawiającego z COPRANORD Sp. z o.o. oraz po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników stron przedstawionych na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w DUUE w dniu 10.06.2008 roku pod numerem 2008/S 111-149199.

Odwołujący się, który jest jednym z dwóch wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i domagający się wykluczenia COPRANORD Sp. z o. o. z postępowania lub odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty (uznanej za najkorzystniejszą w postępowaniu) posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie się podnoszonych zarzutów da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Zarzut niezłożenia przez COPRANORD Sp. z o. o. dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu - naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp został wycofany przez Odwołującego się na rozprawie. Po zapoznaniu się z dodatkowymi dokumentami złożonymi przez COPRANORD Sp. z o. o. przy piśmie z dnia 6.08.2008 roku (k. 69 -72 akt sprawy), Odwołujący się oświadczył, że COPRANORD Sp. z o. o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast Zamawiający błędnie wskazał podstawę prawną swego działania.

Izba stwierdza, że wprawdzie Zamawiający jako podstawę prawną wezwania z dnia 1.08.2008 roku (pismo L.Dz. 3007/2008 – str. 90 akt sprawy) wskazał art. 87 ust. 1 Pzp odnoszący się do wyjaśniania treści oferty, jednak treść pkt 2 wezwania wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający oczekuje „wyjaśnień dotyczących (...) udokumentowania doświadczenia w realizacji usług w częściach medycznych - udokumentowania minimum 1000 m² zgodnie z zapisem w rozdziale III pkt 3 specyfikacji”. Sformułowanie to w ocenie Izby wyczerpuje dyspozycje art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Okoliczność wskazania niewłaściwej podstawy prawnej nie podważa prawidłowości czynności Zamawiającego zmierzającej do ustalenie spełniania przez COPRANORD Sp. z o. o. warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując Izba stwierdza, że COPRANORD Sp. z o. o. złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Potwierdzenie znalazł natomiast zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w rozdziale VIII specyfikacji pt. Przedmiot zamówienia dokonał opisu przedmiotu zamówienia, jak też szczegółowych wymagań co do realizacji usługi sprzątnia. Zgodnie z rozdziałem III pkt 1 specyfikacji, przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług polegających na całodobowym specjalistycznym utrzymaniu czystości w pomieszczeniach należących do SPZZOZ w Wyszku, w tym szereg czynności wymienionych w lit a) do j) m.in. w dezynsekcję i deratyzację (lit. f). Zgodnie z rozdziałem III pkt 3 specyfikacji wykonawcy zobowiązani byli do opracowania i przedstawienia Procedury Utrzymania Czystości Porządku w SPZZOZ w Wyszku zawierającej szczegółowe informacje o sposobie realizacji zamówienia, stosowanych środkach, wyposażeniu, metodach zapewnienia i kontroli jakości, organizacji, nadzoru oraz inne zgodnie z wyborem wykonawcy. W dalszym ciągu Zamawiający stwierdził, że konieczny jest opis procesu sprzątnia dla każdego pomieszczenia oraz wprowadzenie pisemnego potwierdzenia realizacji czynności sprzątnia i dezynsekcji w ramach samokontroli przez pracownika, a także ich kontroli przez pracownika nadzoru wykonawcy oraz Pielęgniarki Oddziałowe bądź osoby upoważnione przez nie z wizualizacją w każdym pomieszczeniu. Wymieniona procedura zostanie opracowana w oparciu o dane zawarte w niniejszej specyfikacji, stosowane dotychczas przez wykonawcę technologie i procedury, środki chemiczne oraz ewentualną wizytę w SPZZOZ.

Bezsporne jest, że oferta COPRANORD Sp. z o. o. nie zawiera informacji o stosowanych środkach do dezynsekcji i deratyzacji, nie wskazuje w Procedurze Utrzymania Czystości i Porządku organizacji pracy i czynności deratyzacji i dezynsekcji, opisu procesu sprzątnia dla każdego pomieszczenia oraz pisemnego przedstawienia w ofercie metod kontroli jakości. Ustalenia tego nie podważa stwierdzenie Zamawiającego, że zaprezentowana przez COPRANORD Sp. z o. o. Procedura Utrzymania Porządku i Czystości odnosi się do każdego rodzaju pomieszczenia, gdyż Zamawiający wyraźnie określił w rozdziale III pkt 3 specyfikacji, że wymaga opisu procedury dla każdego pomieszczenia. Zmiany interpretacji treści specyfikacji wbrew jej literalnej treści dokonane na obecnym etapie postępowania są niedopuszczalne i godzą w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, tym w zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Stwierdzone braki w Procedurze Utrzymania Porządku i Czystości przedstawione w ofercie przez COPRANORD Sp. z o. o. powodują niezgodność treści oferty COPRANORD Sp. z o.o. z treścią specyfikacji. Nie jest trafny pogląd Zamawiającego, że

Procedura Utrzymania Porządku i Czystości jest dokumentem potwierdzającym spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu – dokumentem o charakterze podmiotowym.

Po pierwsze: Zamawiający nie zastrzegł wymogu przedstawienia Procedury Utrzymania Porządku i Czystości jako warunku udziału w postępowaniu.

Po drugie: zastrzeżenie takie nie mogłoby być skuteczne, gdyż przepisy § 1 ust. 1 - 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) – dalej: rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów – przewiduje zamknięty katalog dokumentów podmiotowych. Żądanie przez Zamawiającego dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentu o charakterze podmiotowym innego niż wymienione w § 1 ust. 1 - 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi naruszenie prawa.

W ocenie Izby Procedura Utrzymania Porządku i Czystości nie jest również dokumentem o charakterze przedmiotowym w rozumieniu § 3 ust.1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w szczególności nie może być kwalifikowana jako opis wykonania usługi składany w celu potwierdzenia spełniania przez oferowaną usługę wymagań Zamawiającego. Możliwość tej zaprzeczył Zamawiający na rozprawie wskazując, że spełnienie jego wymagań wynikać ma z podpisania przez wykonawców dokumentów objętych załącznikiem nr 1 (części 1-5) do specyfikacji zawierających zestawienie powierzchni do sprzątania oraz wykazy sprzętu i czynności (k. 163 – 176 akt sprawy).

Brak możliwości takiej kwalifikacji wyklucza również postanowienie § 1 ust. 4 wzoru umowy nr ZP-32/2008/SPZZOZ (załącznik Nr 4 do specyfikacji – k. 179 akt sprawy), zgodnie z którym zakres prac i warunki realizacji (usługi sprzątania) określa umowa wraz załącznikami oraz opracowana przez wykonawcę Procedura Utrzymania Czystości i Porządku w SPZZOZ w Wyszkwowie, złożona w ofercie przetargowej.

Sformułowanie wzoru umowy jest sprzeczne z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie, że Procedura Utrzymania Czystości i Porządku ma wyłącznie charakter dodatkowy i może zostać doprecyzowana już po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego na etapie realizacji umowy. Przeciwnie, w myśl wskazanego postanowienia wzoru umowy Procedura Utrzymania Czystości i Porządku jest opisem warunków realizacji umowy, daje postawę do domagania się przez Zamawiającego od wykonawcy realizacji usługi sprzątania w określony sposób. Procedura Utrzymania Czystości i Porządku stanowi zatem treść zobowiązania wykonawcy zgodnie z art. 354 § 1 k.c. do wykonania świadczenia w określony sposób oraz w przyszłości podstawę oceny należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pogląd, że warunki realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowią treść oferty znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołów Arbitrów (wyrok z dnia 24.01.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-82/05, wyrok z dnia 21.01.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-54/05).

Nietrafnie zatem powołuje się Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu i na rozprawie, ze uzupełnienie w wykazie środków preparatów do dezynsekcji i deratyzacji oraz procedury wykonania tej usługi uzyskał w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Przepis ten oraz art. 26 ust. 3 Pzp nie znajdują zastosowania w sprawie. Przywołane przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp mają zastosowanie jedynie do wyjaśniania treści dokumentów podmiotowych i przedmiotowych żądanych przez zamawiającego w postępowaniu. W okolicznościach sprawy mógłby mieć zastosowanie wyłącznie przepis art. 87 ust. 1 Pzp, (na który powołał się w piśmie z dnia 1.08.2008 roku Zamawiający) odnoszący się do treści oferty. Przywołany jednak przepis zakazuje dokonywania wyjaśnień treści oferty prowadzących do jej zmiany, zatem tym bardziej do jej uzupełnienia o wymagane przez Zamawiającego informacje, które nie były zawarte w treści oferty złożonej przez COPRANORD Sp. z o. o. W analizowanym przypadku czynności Zamawiającego doprowadziły do zmiany treści oferty, tj. do zaoferowania wykonania usługi sprzątnia w zakresie dezynsekcji i deratyzacji w sposób nie określony w pierwotnie złożonej ofercie oraz uzupełnienia innych elementów sposobu wykonania usługi - Procedury Utrzymania Porządku i Czystości, które wbrew wymaganiom Zamawiającego nie zostały zawarte w pierwotnie złożonej ofercie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że oferta COPRANORD Sp. z o. o. nie odpowiada treści specyfikacji i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przez zaniechanie tej czynności Zamawiający dopuścił się naruszenia tego przepisu a dokonując wyboru oferty COPRANORD Sp. z o. o. Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*