

Sygn. akt: KIO/UZP 814/10

WYROK
z dnia 21 maja 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Królewiecka 146** protestu z dnia 15 kwietnia 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: 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** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Królewiecka 146 unieważnienie czynności wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców **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**, wykluczenie z udziału w postępowaniu konsorcjum wykonawców **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**, oraz powtórzenie

czynności badania i oceny ofert i nie przyznanie punktacji ofercie złożonej przez konsorcjum wykonawców Aspen sp. z o.o. oraz Aspen Plus sp. z o.o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5;

2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Królewiecka 146**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Królewiecka 146** na rzecz **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2.**

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

Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Królewiecka 146, zwany dalej „Zamawiającym”, zamieszczając w dniu 22 grudnia 2009 roku siwz na stronie internetowej oraz umieszczając ogłoszenie w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie wszczął w tym dniu i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczenie usług w zakresie sprzątnania, dezynfekcji w obiektach Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu oraz czynności pomocniczych: transportu wewnętrznego: chorych, zwłok, posiłków, towarów, bielizny, odpadów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2009 r. pod poz. 2009/S 246-352816.

Zamawiający, pismem z dnia 7 kwietnia 2010r., doręczonym w dniu 9 kwietnia 2010 r. poinformował wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców 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, zwanego dalej „Przystępującym”, a także o odrzuceniu oferty konsorcjum wykonawców firm: Aspen Sp. z o.o. i Aspen Plus Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków oraz o przyznaniu tej ofercie w wyniku badania i oceny ofert 564,04 pkt.

Odwołujący w dniu 15 kwietnia 2010 r. wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za ofertę najkorzystniejszą oraz przyznaniu punktacji konsorcjum wykonawcy firm: Aspen Sp. z o.o. i Aspen Plus Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków, zwanego dalej „Konsorcjum Aspen”, pomimo odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Aspen na podstawie innych, niż wskazano w decyzji z dnia 07 kwietnia 2010 r. okoliczności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców:

- 1) w związku z naruszeniem przepisu art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo że jego oferta nie została prawidłowo zabezpieczona wadium;
- 2) w związku z naruszeniem przepisu art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo że jego oferta nie zawiera wymaganej w SIWZ polisy OC;
- 3) w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ;
- 4) w związku z naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie Przystępującego zwiększonej liczby punktów, pomimo braku podstaw do takiego działania;
- 5) w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta, zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 6) poprzez przyznanie punktacji Konsorcjum Aspen, pomimo że oferta ta została odrzucona;
- 7) w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Aspen, pomimo że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny;

8) w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Aspen, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie szerszym niż wskazano w rozstrzygnięciu postępowania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) dokonanie czynności wykluczenia, alternatywnie odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 4) dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Aspen z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przyznając tej ofercie punktacji oraz wskazując wszystkie podstawy, obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty;
- 5) dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, co następuje:

1.

Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo że oferta ta nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, Odwołujący podnosił, że wobec treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a w konsekwencji również wobec treści pkt. 8.10 SIWZ, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Odwołując się do brzmienia przepisu art. 25 ust. 1 ustawy pzp wywodził, że oświadczenia i dokumenty, żądane w postępowaniu, powinny potwierdzać spełnianie:

- a) warunków udziału w postępowaniu, jak również,
- b) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

Podkreślał, że przedstawiona przez Przystępującego gwarancja wadialna nr 044GWKO100200009, z późniejszymi aneksami nie zabezpiecza możliwości zatrzymania wadium w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

Ponadto zarzucał, iż zawarte w tej gwarancji bankowej sformułowanie: „Niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty złożonej przez Oferenta”

pozostaje w oczywistej sprzeczności z celem i funkcją wadium, które jest wnoszone w postępowaniach przetargowych. W jego ocenie bowiem, wadium powinno zabezpieczać ofertę przez cały okres trwania procedury przetargowej, aż do czasu jej zakończenia.

2. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo że oferta nie zawiera wymaganej w SIWZ polisy OC, podnosił, że zgodnie z treścią pkt. 5.6 SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, tj. świadczenia usług sprzątnia na kwotę równą lub większą 1.500.000,00,-zł. Podkreślał, że warunek ustalono w wysokości wyrażonej w PLN, zaś Przystępujący złożył wraz z ofertą polisę OC opiewającą na 2.000.000 euro. Wywodził, że postanowienia SIWZ nie zawierają żadnej klauzuli dostosowującej, transpozycjonującej wartości wyrażone w innych walutach niż PLN.

Zarzucał także, że treść pkt X.2 przedstawionych przez Przystępującego polis, ustanawia sublimity odpowiedzialności, które jego zdaniem są niezgodne z wymaganiami SIWZ, albowiem wyrażone w nich wartości ustalone zostały na poziomie niższym niż 1.500.000,00 zł.

3. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Odwołujący podnosił, że w pkt. 1.3 załącznika nr 9 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wózki do transportu miały wymiary: „Wózki winny mieć wymiary 0,7 m x ok. 1,2 m x ok. 1,2 m (szerokość, długość, wysokość)”.

Wywodził, że wózek typu KLARO 3003, który zaoferował Przystępujący, nie spełnia ww. wymagań SIWZ. Powołując się na załączaną do protestu kartę katalogową producenta podkreślał, że wynikają z niej inne wartości wymiarów wózka niż wymagane, tj.: 790 x 620 x 990mm.

Zarzucał ponadto, że Przystępujący w swojej ofercie nie uwzględnił utrzymania czystości w Magazynie Jałowym i Jałowej Stronie Autoklawów w CST. Wywodził, że według załącznika nr 6 SIWZ Zamawiający zakwalifikował te powierzchnie do II-giej strefy utrzymania czystości, co Zamawiający potwierdził także w udzielonych odpowiedziach z dn. 21 stycznia 2010 r. na zapytania dotyczące zapisów SIWZ (odpowiedź na pytanie nr 9). Zwracał uwagę, że w ofercie Przystępującego powierzchnie te nie zostały uwzględnione, co oznacza, że nie przewiduje on realizacji zamówienia w tym zakresie.

Odwołujący zarzucał również, że Przystępujący zaoferował do utrzymania czystości w kuchenkach oddziałowych: szafek kuchennych, blatów wózków do transportu posiłków jako preparat myjąco -dezynfekujący zaproponował środek Incidin Plus. W jego ocenie, środek ten nie posiada dopuszczenia do stosowania na powierzchnie mające kontakt z żywnością, co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami oraz wymaganiami SIWZ w zakresie stosowania środków chemicznych odpowiednich do rodzajów czyszczonych powierzchni.

Odwołujący zarzucał również, że zaoferowane przez Przystępującego do czyszczenia verticali środki Sapur spray-ex, Sapur A, Sapur B nie mogą być stosowane do czyszczenia verticali.

4. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez przyznanie Konsorcjum Impel zwiększonej liczby punktów, pomimo braku podstaw do takiego działania, podnosił, że w formularzu oferty, na stronie 6 oferty (pkt III. 4.) Przystępującego, brak jest wpisu co do zwiększenia ilości sprzętu do czyszczenia gorącą parą. Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty, jeśli Wykonawca zaoferował dwa urządzenia zamiast jednego. Wywodził, że Przystępujący w tej pozycji nie zaoferował zwiększonej ilości urządzeń, w związku z czym Przystępujący powinien otrzymać 0 pkt w tej pozycji.

5. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny, Odwołujący podnosił, że jeśli świadczenia tworzą usługę o charakterze kompleksowym, wówczas również dla celów jej opodatkowania na gruncie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług powinny tworzyć całość. Podział kompleksowej usługi na dwa odrębne rodzaje jest podziałem sztucznym i nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na dwie części, z czego każda jest objęta inną stawką VAT.

Do opisu przedmiotu zamówienia zastosowano wyłącznie kod CPV 90.91.00.00-9, który oznacza „usługi sprzątnia”. Usługi te wg obowiązującego prawa podatkowego opodatkowane są wyłącznie stawką VAT 22%.

6. Odnosząc się do naruszenia skutującego przyznaniem punktacji Konsorcjum Aspen, pomimo że oferta ta została odrzucona, Odwołujący podnosił, że zamówienie publiczne może zostać udzielone jedynie wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza pod względem kryteriów określonych w SIWZ. Stosując błędną metodologię, przyjętą przez Zamawiającego mogłoby (hipotetycznie) dojść do sytuacji, w której oferta najkorzystniejsza (pod względem kryteriów

oceny) nie mogłaby być wybrana, albowiem podlegałaby odrzuceniu lub Wykonawca musiałby być wykluczony.

7. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Aspen, pomimo że oferta ta, zawiera błędy w obliczeniu ceny, Odwołujący podtrzymywał swoje uzasadnienie dotyczące zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w przypadku oferty Przystępującego.

8. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Aspen, pomimo że oferta ta, nie odpowiada treści SIWZ, Odwołujący podnosił, że poza wymienionymi przez Zamawiającym w piśmie o rozstrzygnięciu postępowania okolicznościami, występują też inne niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W jego ocenie, wykonawca zaoferował niższe niż minimalne wymagane częstotliwości wykonywania usługi w Oddziałach Intensywnej Terapii (Formularz oferty, strona 5 oferty Konsorcjum Aspen). Minimalna wymagana przez Zamawiającego częstotliwość wykonywania usługi w strefie „C” wynosiła „1 raz dziennie i w razie potrzeby” podczas, gdy zaoferowano „2 razy w tygodniu i w razie potrzeby”. Odpowiednio w strefie „D” wartości wynosiły: wymagane minimalne: „1 w tygodniu i w razie potrzeby”, zaoferowane: „2 razy w miesiącu i w razie potrzeby”. Ponadto Wykonawca Konsorcjum Aspen w ofercie na stronach od 52 do 136 przedstawił koncepcje organizacyjno - sanitarną realizacji usługi i dołączył Załącznik nr 6 jako swoją wersję „Minimalnego zakresu sprzątnięcia w poszczególnych strefach” niezgodną z przedstawioną w Formularzu Ofertowym zwiększoną częstotliwością wykonania czynności. Za zwiększenie częstotliwości przyznał sobie punkty lecz nie ma to odzwierciedlenia w Załączniku nr 6 w ofercie, strony od 118 do 126. Zamawiający w Załączniku nr 4 „Zakres podstawowych obowiązków Wykonawcy” pkt 9e wymaga nakładania powłok (wysokopółskowych, antypoślizgowych, odpornych na działanie środków dezynfekcyjnych). Wykonawca Konsorcjum Aspen w wykazie preparatów do utrzymania czystości, zamieścił dwa preparaty będące wymaganą powłoką polimerową ale żadna z nich w nie jest odporna na działanie preparatów dezynfekcyjnych. Ponadto podkreślał, że w Planie Higieny nie uwzględniono świadczenia usługi w kuchence mlecznej, co oznacza iż Wykonawca Konsorcjum Aspen nie przewiduje realizacji tej części zamówienia.

Zamawiający wezwał Przystępującego w dniu 19 kwietnia 2010r. do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący przystąpił do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu po stronie

Zamawiającego w dniu 22 kwietnia 2010 r., przekazując jednocześnie kopię przystąpienia Odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie protestu.

Odnosząc się do zarzutu niezabezpieczenia oferty wadium Przystępujący podnosił, że w treści gwarancji wadialnej wskazano, iż wystawca gwarancji zrealizuje każde roszczenie Zamawiającego w sytuacji opisanej w art. 46 ust 4a oraz art. 46 ust 5 pkt 1-3 ustawy UZP, a zatem Zamawiający ma zagwarantowaną możliwość zatrzymania wadium we wszystkich ustawowych przypadkach wskazanych w ustawie PZP.

Przystępujący nie uznał również zarzutu dotyczącego nie obejmowania przez gwarancję przypadku uzupełnienia oferty. Wywodził, że zgodnie z art. 87 ust 1 ustawy PZP, zobowiązanie wykonawcy do realizacji określonej usługi, za określoną cenę nie może być zmienione po upływie terminu składania ofert, zaś nie jest zmianą treści oferty (jej uzupełnieniem) poprawienie omyłek pisarskich, błędów rachunkowych oraz poprawienie nieistotnych omyłek bez zmiany treści.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących złożonej polisy ubezpieczenia OC Przystępujący podkreślał, iż polisa ta w dniu złożenia ofert spełniała wymogi określone w siwz przez Zamawiającego. Zwracał uwagę, że według niego to dzień składania ofert jest tym momentem, w którym Zamawiający dokonuje weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków udziału w konkretnym przetargu.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty z treścią siwz Przystępujący z ostrożności podnosił, iż gdyby uznać że Zamawiający wymagał wózków o konkretnych wymiarach (choć podnosił, że wózki, którymi dysponuje odpowiadają treści w siwz, gdyż wymiary są poprzedzone określeniem „około”) to zarzut ewentualnego przedstawienia złego wykazu maszyn i urządzeń, potwierdzającego spełniania warunków w zakresie potencjału technicznego skutkować mógłby jedynie wezwaniem do uzupełnienia wykazu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Przystępujący nie zgodził się również z zarzutem dotyczącym nie uwzględnienia utrzymania czystości w Magazynie Jałowym i Jałowej Stronie Autoklawów w CST. Podnosił, że zgodnie z wypełnionym drukiem oferty - pkt II/7, przygotowanym zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, Przystępujący oświadczył, iż zobowiązuje się do „kompleksowego wykonania realizowania przedmiotowego zamówienia - zgodnie ze szczegółowym zakresem określonym w Załącznikach nr 2, 4, 5, 6, 8, 9”.

Odnosząc się do zarzutu zaofiarowania preparatu Incidin Plus do utrzymania czystości w kuchenkach oddziałowych Przystępujący podnosił, iż Zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby preparaty stosowane w kuchenkach oddziałowych spełniały dodatkowe wymagania. Wywodził, że Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów na potwierdzenie zarzutów przedstawionych w proteście.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaproponowanych środków do czyszczenia verticali Przystępujący zwracał uwagę, że zgodnie z ulotką informacyjną oraz oświadczeniem wystawionym przez producenta preparatów Sapur A, Sapur B, Sapur Spray-Ex - firmę Ecolab produkty te mogą być stosowane do czyszczenia tekstylnych żaluzji pionowych - verticali.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego błędu w obliczeniu ceny, polegającego na nieprawidłowym zastosowaniu stawki podatku VAT Przystępujący podnosił, że wywody o kompleksowości bądź nie zamówienia są chybione, jako że zgodnie z polskim prawem o kwalifikacji podatkowej decyduje nr klasyfikacyjny danej czynności w PKWiU. Zwracał uwagę, że Przystępujący, na potwierdzenie prawidłowości stosowania stawek podatku VAT przez członków konsorcjum Przystępującego, uzyskał indywidualną decyzję Ministra Finansów z dnia 2 października 2009 r., która w jego ocenie przesądza ona o prawidłowości postępowania Przystępującego.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2010 r. doręczonym Odwołującemu w dniu 28 kwietnia 2010 roku Zamawiający oddalił protest w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający podnosił, że analizując treść gwarancji wadialnej złożonej w ofercie Przystępującego, stwierdził iż obejmuje ona swoją treścią wszystkie przypadki wymienione w art. 46 ust.4 a oraz art. 46 ust. 5 pkt. 1-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych i obejmuje tym samym zakres zdarzeń uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium. Zawarcie w treści gwarancji wadialnej zwrotu „Niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty” również nie stanowi przeszkody dla Zamawiającego do egzekucji roszczeń. W gwarancji nr 044GWKO100200009 (strona 75 oferty) bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty do wysokości 76.060,00,-zł na pierwsze pisemne żądanie zapłaty. Powołując się na orzecznictwo KIO podnosił, że „odwołanie się do pierwotnej oferty należy oceniać jako wskazanie na ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu”.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących polisy ubezpieczenia OC w ofercie Przystępującego podnosił, że suma gwarancyjna wynosi 2.150.000,00 euro. Zwracał uwagę, że Zamawiający zobowiązany jest do oceny spełniania warunków udziału na dzień otwarcia ofert, nie zaś w trakcie trwania umowy, zaś na dzień otwarcia ofert tj. 15.03.2010r. kwota wyrażona w polisie przewyższa kwotę określoną w warunku udziału. Podkreślał, że w wymienionych w polisie sublimitach nie znajduje się żadne ograniczenie co do usługi sprzątania szpitali.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego podnosił, że w dniu 23.04.2010r. w związku ze złożonym protestem zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. Ze złożonego w dniu 26.04.2010r. wyjaśnienia wynika, iż Przystępujący przy realizacji usługi będzie dysponował wózkami ze stali nierdzewnej ze szczelnie zamkniętą przestrzenią ładunkową do transportu bielizny, które posiadają wymiar określony w Załączniku Nr 9 do SIWZ tj.: 0,7m x ok. 1,2m x ok. 1,2m.

Zamawiający nie uznał również zarzutu dotyczącego nie uwzględnienia przez Przystępującego w ofercie utrzymania czystości w magazynie jałowym i jałowej części autoklawów w CST. Zwracał uwagę, że w odpowiedzi na zapytania w dniu 21.01.2010r. Zamawiający wyjaśnił, że w Załączniku nr 5 do SIWZ do strefy II w Centralnej Sterylizatorni zalicza się tylko magazyn jałowy i jałową stronę autoklawów. Zwracał uwagę, że w ofercie Przystępującego znalazło się oświadczenie, że „zobowiązuje się do kompleksowego wykonania realizowania przedmiotowego zamówienia - zgodnie ze szczegółowym zakresem określonym w Załącznikach nr 2,4,5,6,8,9 z którego jednoznacznie wynika, że w swojej ofercie uwzględnił wszystkie powierzchnie wskazane w SIWZ.

Zamawiający nie podzielił również zarzutów dotyczące zaoferowania preparatu myjąco-dezynfekującego Incidin Plus do utrzymania czystości w kuchenkach oddziałowych: szafek kuchennych, blatów wózków do transportu posiłków, który zdaniem Protestującego nie posiada dopuszczenia do stosowania na powierzchnie myjące mające kontakt z żywnością oraz środków: Sapur spray-ex, Sapur A, Sapur B do czyszczenia verticali. Wywodził, że zarówno szafki kuchenne jak i blaty wózków do transportu posiłków nie mają bezpośredniego kontaktu z żywnością a ponadto Zamawiający nie postawił żadnego wymogu w SIWZ, co do spełniania szczególnych wymagań w zakresie dopuszczenia do stosowania na powierzchnie mające kontakt z żywnością. Ponadto podnosił, iż bezpośredni kontakt z żywnością mają ewentualnie blaty kuchenne, co do mycia których Wykonawca zaoferował preparat Brial Top 1,0% Click 0,2% -0,5% (strona 124 oferty).

Zwracał również uwagę, że z ulotki firmy Ecolab - producenta środków: Sapur spray-ex, Sapur A, Sapur B, które Wykonawca zaoferował do czyszczenia verticali, nie wynika, że wyklucza się stosowanie do innych tekstyliów niż wymienione w ulotce, zaś Przystępujący dołączył do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oświadczenie producenta środków firmy Ecolab, iż mogą być one stosowane do czyszczenia tekstylnych żaluzji pionowych -verticali.

Zamawiający nie podzielił również zarzutu co do braku zaoferowania w ofercie Przystępującego zwiększonej ilości profesjonalnego sprzętu do oczyszczania powierzchni gorącą parą wodną i przyznania bezzasadnie dodatkowych 30 pkt. Podkreślał, że Przystępujący nie był zobowiązany do wypełniania w Załączniku Nr 1 do SIWZ w pkt. III druku oferty w tabeli w kolumnie „zaoferowane zwiększenie”, a jedynie do wypełnienia kolumny „Odpowiedź Wykonawcy TAK/NIE”. Wykonawca zgodnie z tym udzielił w poz. „Profesjonalny sprzęt do oczyszczania powierzchni gorącą parą wodną” odpowiedzi TAK. Zamawiający analizując treść oferty przyznał Wykonawcy punkty za zaoferowanie zwiększonej ilości profesjonalnego sprzętu do oczyszczania powierzchni gorącą parą wodną z 1 szt. do 2 szt., co wynika z wykazu sprzętu i urządzeń str. 53-54 oferty.

Zamawiający nie uznał także zarzutu dot. błędu w obliczeniu ceny, polegającego na nieprawidłowym zastosowaniu przez Przystępującego stawki podatku VAT. W jego ocenie, prawidłowość zastosowania różnych stawek podatku VAT dla danych czynności wynika z uzyskanej przez Przystępującego indywidualnej interpretacji podatkowej z dnia 2 października 2009r.

Oddalając zarzuty dotyczące oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Aspen Sp. z o.o.; Aspen Plus Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków Zamawiający uzasadniał tym, że Odwołujący nie ma interesu prawnego do wniesienia protestu na ofertę odrzuconą, na odrzucenie której nie został wniesiony do Zamawiającego protest.

Pismem z dnia 6 maja 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie (data wpływu do UZP w dniu 6 maja 2010 r.; wpływ kopii odwołania do Zamawiającego w dniu 06 maja 2010r.) podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście. W uzasadnieniu, w zakresie zarzutów dotyczących konsorcjum Aspen, Odwołujący podtrzymał jedynie zarzut zaniechania odrzucenia tej oferty poprzez przyznanie tej ofercie punktacji.

Dodatkowo podnosił, że jeśli Przystępujący zaproponował wózki o wymiarach odpowiadających wymaganiom SIWZ, to oznacza, że zmienił treść swej oferty, albowiem wózki typu KLARO 3003, które zostały pierwotnie zaoferowane nie spełniają tych wymagań.

Zamawiający wezwał Przystępującego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania. Pismem z dnia 17 maja 2010r. Przystępujący zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do odwołania od rozstrzygnięcia protestu, przekazując kopię zgłoszenia Zamawiającemu i Odwołującemu. W zgłoszeniu Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując swoje stanowisko zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Dodatkowo podnosił, iż w swojej ofercie zaproponował również preparat Incidin Active, który zgodnie z ulotką informacyjną, stanowiącą załącznik do przystąpienia może być stosowany do dezynfekcji „powierzchni mających kontakt z żywnością”

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego, protest, odwołanie, przystąpienie do postępowania protestacyjnego, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

I.

Zgodnie z pkt. 8.1 SIWZ oferta musiała być zabezpieczona wadium w wysokości 76.060 zł. Zgodnie z pkt 8.10 SIWZ, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Przystępujący złożył wraz z ofertą gwarancję wadialną nr 044GWKO100200009 z dnia 26.01.2010 r. wystawioną przez Kredyt Bank S.A. w Warszawie. W pkt II gwarancji zastrzeżono, że Bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty kwoty 76.060 zł na rzecz Zamawiającego, jeżeli „*oferent w odpowiedzi na państwa wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie*”

- zgodnie z art. 46 ust. 4a, ust. 5, pkt 1,2,3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”.

W gwarancji tej Bank zastrzegł również, iż „*niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty złożonej przez Oferenta*”.

II.

Zgodnie z treścią pkt. 5.6 SIWZ, Zamawiający zastrzegł, iż o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, tj. świadczenia usług sprzątania na kwotę równą lub większą 1.500.000,00 zł.

Przystępujący złożył wraz z ofertą certyfikaty do umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności oraz posiadanego mienia wystawiony przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. na rzecz Impel Cleaning oraz Hospital Serwis (str. 57 i n. oferty oraz str. 65 i n. oferty) wraz z aneksami. Umowa ubezpieczenia obejmuje ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w tym m.in. ubezpieczenie od działalności w zakresie „usług na rzecz szpitali w szczególności: żywienia, usługi pomocniczo-gospodarcze, w tym: mycie, dezynfekcja, sterylizacja, transport wewnętrzny wszelkich przedmiotów, narzędzi sprzętu, opakowań substancji medycznych, koncentratów, materiałów do analiz, odpadów, również osób chorych, poszkodowanych, zwłok” (pkt V certyfikatów). Suma gwarancyjna wynosi: 2.000.000,00 euro na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia (pkt X, s. 61 certyfikatu Impel Cleaning) oraz 2.150.000,00 euro na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia (pkt X, s. 65 certyfikatu Hospital Serwis).

Zgodnie z pkt X.2 obu ww. dokumentów w ramach sumy gwarancyjnej obowiązują sublimity odpowiedzialności:

- a) za szkody powstałe wskutek utraty pojazdów mechanicznych (...) 500.000 zł na jeden i 1.000.000 zł na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia,
- b) za szkody powstałe w rzeczach ruchomych, z których ubezpieczony korzysta na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użytkowania, leasingu lub innej podobnej formy korzystania z cudzej rzeczy (...) – 1.000.000 zł na jeden i wszystkie wypadki,
- c) za szkody powstałe w czasie załadunku / wyładunku – 1.000.000 zł na jeden i wszystkie wypadki.

III.

Zgodnie z treścią pkt. 5.8 SIWZ, Zamawiający zastrzegł, iż o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą niezbędne do wykonania narzędzia i urządzenia jakimi dysponuje wykonawca, w tym m.in.

- wózki ze stali nierdzewnej ze szczelnie zamkniętą przestrzenią ładunkową do transportu bielizny – w ilości minimum 5 szt.

Ponadto, w pkt. 1.3 załącznika nr 9 do SIWZ, Zamawiający wymagał,,: „Wózki winny mieć wymiary 0,7 m x ok. 1,2 m x ok. 1,2 m (szerokość, długość, wysokość)".

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz, w którym w pozycji 14 wykazał, że dysponuje 5 szt. wózków ze stali nierdzewnej ze szczelnie zamkniętą przestrzenią ładunkową do transportu bielizny, wskazując wózek typu KLARO Polska 3003.

Zgodnie z kartą katalogową producenta ww. wózka – firmy KLARO, spol.s.r.o., z siedzibą w Pradze, Czechy, wózek ten ma wymiary 790 x 620 x 990mm.

Zamawiający w dniu 23.04.2010 r. zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie dotyczącym dysponowania wózkami. Przystępujący w dniu 26.04.2010 r. złożył wyjaśnienie, w którym oświadczył, że przy realizacji usługi będzie dysponował wózkami ze stali nierdzewnej ze szczelnie zamkniętą przestrzenią ładunkową do transportu bielizny, które posiadają wymiar określony w Załączniku Nr 9 do SIWZ tj.: 0,7m x ok. 1,2m x ok. 1,2m.

IV.

Zgodnie z treścią pkt 6.5.1a SIWZ Zamawiający zastrzegł, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli złożyć opis oferowanej usługi tj. m.in. koncepcję organizacyjno-sanitarną realizacji usługi z uwzględnieniem planu higieny dostosowanym do warunków jednostki Zamawiającego.

W odpowiedzi na zapytania w dniu 21.01.2010r. Zamawiający wyjaśnił, że w Załączniku nr 5 do SIWZ do strefy II w Centralnej Sterylizatorni zalicza się tylko magazyn jałowy i jałową stronę autoklawów.

Plan higieny złożony w ofercie Przystępującego pomija zakwestionowane obszary utrzymania czystości.

Przystępujący złożył w formularzu ofertowym oświadczenie, że *„zobowiązuje się do kompleksowego wykonania realizowania przedmiotowego zamówienia -zgodnie ze szczegółowym zakresem określonym w Załącznikach nr 2,4,5,6,8,9”*.

Ponadto, w ofercie na str. 121, Przystępujący uwzględnił sprzątanie magazynu zasobów sterylnych.

V.

Zamawiający w pkt 6.5. SIWZ zastrzegł, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego wykonawcy zobowiązani są złożyć opis oferowanej usługi tj. m.in. opis preparatów do stosowania przy sprzątaniu i dezynfekcji w zestawieniu tabelarycznym. W tabeli muszą zostać zawarte następujące informacje: przynależność do grupy preparatów opisanych w załączniku nr 8 i nazwa handlowa preparatu. W celu potwierdzenia zgodności zaoferowanych preparatów z przedstawionym w załączniku nr 8 opisem Wykonawca zobowiązany jest do załączenia np. ulotek lub innych materiałów informacyjnych ich producentów (kart charakterystyki środka).

Przystępujący złożył w ofercie opis preparatów w ujęciu tabelarycznym w którym oświadczył, iż będzie stosował następujące preparaty:

W pkt 25- preparat Incidin Plus, przeznaczony do dezynfekcji i mycia wszelkich powierzchni, sprzętu medycznego oraz przedmiotów, które można zanurzyć w roztworze lub w nim wypełnić.

W pkt 21 – preparat Sapur Spray Ex, przeznaczony do ekstrakcyjnego czyszczenia podłóg dywanowych, wykładzin tekstylnych i dywanów oraz mebli tapicerowanych

W pkt 22 – Sapur A, przeznaczony do stosowania w dywanach, wykładzinach tekstylnych, żaluzjach pionowych

W pkt 23 – Sapur B, przeznaczony do stosowania w dywanach, wykładzinach tekstylnych, żaluzjach pionowych.

Na stronie 115 oferty Przystępujący oświadczył, iż do czyszczenia kuchenek oddziałowych: m.in. blatów wózków, szafek używał będzie środka Incidin Plus.

Preparaty Sapur A, Sapur B, Sapur Sprawy-Ex znajdują również zastosowanie w przypadku czyszczenia tekstylnych żaluzji pionowych.

VI.

Zamawiający w pkt 14. ppkt 2.4 SIWZ zastrzegł, iż za wykazanie zwiększonej ilości urządzeń do sprzątania ponad minimum określone w SIWZ tj. m.in. z 1 szt. sprzętu do oczyszczania powierzchni gorącą parą na 2 sztuki wykonawcy otrzymają 30 punktów.

W formularzu oferty, na stronie 6 oferty (pkt III. 4.) Przystępujący w wierszu: sprzęt do oczyszczania powierzchni gorącą parą pozostawił kolumnę „zaoferowane zwiększenie” pustą, natomiast w kolumnie „odpowieź wykonawcy” złożył oświadczenie „TAK”.

Przystępujący złożył również wraz z ofertą wykaz narzędzi i urządzeń, w którym w pozycji 13 wykazał, że dysponuje 2 szt. sprzętu do oczyszczania powierzchni gorącą parą (str. 53-54 oferty).

VII.

Zamawiający w pkt 11.2 SIWZ postanowił, iż ofertę należy złożyć na druku oferta wg załącznika nr 1 do SIWZ. W załączniku tym w pkt 3 należało wskazać m.in. stawkę podatku VAT oraz kwotę podatku VAT.

W formularzu ofertowym Przystępujący wskazał, że od kwoty netto 6.924.149,28 zł zostanie doliczony podatek VAT w wysokości 22% i „zw.” w kwocie 456.993,72 zł.

Zgodnie z interpretacją indywidualną Ministra Finansów z dnia 2.10.2009 r. uzyskaną przez Hospital Serwis sp. z o.o. we Wrocławiu stanowisko ww. spółki przedstawione we wniosku z dnia 2 lipca 2009 r. tj. że fakt wykonywania usług w zakresie konsorcjum nie pozbawia Hospital Serwis prawa do zastosowania zwolnienia od opodatkowania odnośnie czynności zakwalifikowanych do grupowania PKWiU 85.14.18-00.00 wobec wykonywanej przez siebie ww. czynności wobec ZOZ, jest prawidłowe.

VIII. Zamawiający pismem z dnia 7 kwietnia 2010 r. poinformował wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, że odrzucił ofertę Nr 3 Konsorcjum firm: Aspen Sp. z o.o.; Aspen Plus Sp. z o. o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp. W tym samym piśmie zawiadomił także, że działając na art. 92 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp podaje nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Wśród ocenionych ofert wymienił ofertę Konsorcjum firm: Aspen Sp. z o.o.; Aspen Plus Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków, informując, że oferta ta otrzymała 564,04 pkt.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania w dniu 22 grudnia 2009 roku Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny po wejściu w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U.

Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 5 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący jako podmiot, którego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, legitymuje się interesem prawnym o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pkt II bankowej gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą Przystępującego zastrzeżono, że Bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty kwoty 76.060 zł na rzecz Zamawiającego, jeżeli *„oferent w odpowiedzi na państwa wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie*

- zgodnie z art. 46 ust. 4a, ust. 5, pkt 1, 2, 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”.

Możliwość zatrzymania wadium w sytuacji określonej a art. 46 ust. 5 ustawy pzp nie była sporna pomiędzy Stronami. Spór dotyczył natomiast tego, czy Zamawiający w oparciu o przytoczone postanowienie gwarancji może zatrzymać wadium w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie złożył oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp).

Art. 46 ust. 4a ustawy Pzp obejmuje przypadek zatrzymania wadium, a mianowicie jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw. Z kolei art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wymienia 2 rodzaje dokumentów i oświadczeń:

- a) potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp),
- b) potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

W ocenie Izby przytoczona w treści gwarancji okoliczność zatrzymania wadium obejmuje jedynie przypadek o którym mowa w art. 46 ust. 4a w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1

ustawy Pzp. Gwarancja nie obejmuje zaś przypadku, o którym mowa w art. 46 ust. 4a w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Treść gwarancji wprawdzie zawiera odesłanie do art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jednakże z ograniczeniem do przypadku nie złożenia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 46 ust. 4a w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe.

Zatem, skoro gwarancja nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. W związku z powyższym, Przystępujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w konsekwencji czego jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W konsekwencji naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 zasadnym okazał się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W gwarancji bankowej Bank zastrzegł również, iż „*niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty złożonej przez Oferenta*”. Odwołujący zarzucał, że powołane zastrzeżenie pozostaje w sprzeczności z celem i funkcją wadium, które powinno zabezpieczać ofertę przez cały okres trwania procedury przetargowej, aż do czasu jej zakończenia. Odnosząc się do tego zarzutu Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie w pełni podziela stanowisko przedstawione wcześniej w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym „*Odwołanie się do pierwotnej oferty należy oceniać jako wskazanie na ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu*” (por. wyrok KIO w sprawie o sygn. KIO/UZP 540/09 z dnia 12 maja 2009 r.).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej złożone przez Przystępującego w ofercie certyfikaty do umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności oraz posiadanego mienia wystawione przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. (str. 57 i n. oferty) wraz z aneksami potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ odnośnie wykazania się dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, tj. świadczenia usług sprzątania na kwotę równą lub większą 1.500.000,00 zł. Wymóg, co do tego warunku został opisany przez Zamawiającego w postanowieniach pkt 5.6 SIWZ.

Z treści ww. certyfikatów Odwołujący wywodził, że Przystępujący nie przedłożył polisy na wymaganą kwotę, bowiem z ich treści wynika, że suma gwarancyjna wynosi: 2.000.000,00 euro na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia (pkt X), zaś w SIWZ nie określono sposobu przeliczenia kursu euro do złotego, a ponadto że w ramach sumy gwarancyjnej obowiązują sublimity odpowiedzialności:

- a) za szkody powstałe wskutek utraty pojazdów mechanicznych (...) 500.000 zł na jeden i 1.000.000 zł na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia,
- b) za szkody powstałe w rzeczach ruchomych, z których ubezpieczony korzysta na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użytkowania, leasingu lub innej podobnej formy korzystania z cudzej rzeczy (...) – 1.000.000 zł na jeden i wszystkie wypadki,
- c) za szkody powstałe w czasie załadunku / wyładunku – 1.000.000 zł na jeden i wszystkie wypadki.

Należy w tym miejscu podkreślić, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień upływu terminu składania ofert, a ponadto że zgodnie z brzmieniem SIWZ Zamawiający nie wymagał od wykonawców ubezpieczenia przedmiotu działalności będącego przedmiotem postępowania, a ubezpieczenia prowadzonej działalności w zakresie usług sprzątania.

Przystępujący przedstawił polisy z sumą ubezpieczenia na kwotę 2.000.000 euro oraz 2.150.000euro, a więc na kwoty, które na dzień upływu terminu składania ofert, biorąc pod uwagę kurs rynkowy euro do złotego w tym dniu, niewątpliwie przewyższają znacznie wymaganą przez Zamawiającego sumę ubezpieczenia 1.500.000 zł. W ocenie Izby, w tej sytuacji brak zawarcia w SIWZ opisu sposobu przeliczenia kursu euro na złotego nie posiada żadnego znaczenia.

Skład orzekający Izby odnosząc się do zarzutu dotyczącego istniejących sublimitów i podniesionej w tym zakresie argumentacji stwierdził, że Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu i żądając w tym zakresie określonego dokumentu wymagał, aby dokument potwierdzał ubezpieczenie wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności

gospodarczej w zakresie usług sprzątnia na kwotę 1 500 000 zł, nie ograniczając jednocześnie konieczności spełniania tego warunku przy jakiś dodatkowych obostrzeniach.

Izba ustaliła, że polisy obejmują ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w tym m.in. ubezpieczenie od działalności w zakresie „usług na rzecz szpitali w szczególności: żywienia, usługi pomocniczo-gospodarcze, w tym: mycie, dezynfekcja, sterylizacja, transport wewnętrzny wszelkich przedmiotów, narzędzi sprzętu, opakowań substancji medycznych, koncentratów, materiałów do analiz, odpadów, również osób chorych, poszkodowanych, zwłok”.

Skład orzekający Izby wywiódł zatem, że Przystępujący składając polisy na kwotę 2.000.000 euro oraz 2.150.000 euro na dzień upływu terminu składania ofert wykazało, że dysponuje wymaganym ubezpieczeniem w zakresie usług sprzątnia, natomiast inną kwestią – pozostającą bez wpływu na ważność ubezpieczenia – pozostaje ubezpieczenie czynności pomocniczych, co do których Zamawiający nie zawarł w SIWZ szczegółowych wymogów, z drugiej zaś strony Odwołujący nie wykazał, że te szczegółowe warunki ubezpieczenia wynikające np. z istniejących sublimitów w zakresie sumy ubezpieczenia, nie potwierdzają faktu ubezpieczenia prowadzonej działalności w zakresie usług sprzątnia na określoną kwotę. Skład orzekający Izby uznał, że poprzez żądanie takiego dokumentu Zamawiający stwierdza jedynie na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy dany wykonawca posiada potencjalną zdolność finansową do realizacji danego zamówienia poprzez dysponowanie określonej wysokości ubezpieczeniem. Powyższe nie oznacza, że Zamawiający z całej kwoty 1 500 000 zł – tak jak jest to np. w przypadku wadium składnego w konkretnym postępowaniu o zamówienie, czy w przypadku zabezpieczenia należytego wykonania umowy będzie mógł skorzystać z określonej, konkretnej w tym zabezpieczeniu kwoty. Ubezpieczenie od odpowiedzialności świadczy jedynie o potencjalnych możliwościach finansowych wykonawcy i nie oznacza, że z całej kwoty Zamawiający będzie mógł skorzystać, bo może zdarzyć się i tak, że ubezpieczyciel ze wskazanej kwoty będzie zmuszony wypłacić odszkodowanie na rzecz jednego lub nawet kilku podmiotów. Nie jest tutaj bowiem wymagane ubezpieczenie konkretnej inwestycji, a wyłącznie w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że ocena posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dokonana przez Zamawiającego w zakresie oferty Przystępującego jest prawidłowa i wykonawca ten nie powinien być z tego powodu wykluczany z udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, iż zaproponował on wózki do transportu bielizny o

wymiarach nieodpowiadających wymaganiom SIWZ Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie podlega z tego powodu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią pkt. 5.8 SIWZ, Zamawiający zastrzegł, iż o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą niezbędne do wykonania narzędzia i urządzenia jakimi dysponuje wykonawca, w tym m.in. wózki ze stali nierdzewnej ze szczelnie zamkniętą przestrzenią ładunkową do transportu bielizny – w ilości minimum 5 szt.

W ocenie Izby, brzmienie powołanych postanowień SIWZ świadczy o tym, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia zobowiązani byli do wykazania dysponowania wózkiem na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.8 SIWZ. Konsekwencją nie wykazania dysponowania odpowiednim wózkiem mogłoby być wezwanie do uzupełnienia wykazu sprzętu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie zaś odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Oceniając wykazanie spełniania przez Przystępującego ww. warunku udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał, że dysponuje 5 szt. wózków ze stali nierdzewnej ze szczelnie zamkniętą przestrzenią ładunkową do transportu bielizny wymiary 0,7 m x ok. 1,2 m x ok. 1,2 m (szerokość, długość, wysokość).

Zgodnie z pkt. 1.3 załącznika nr 9 do SIWZ, Zamawiający zastrzegł iż „Wózki winny mieć wymiary 0,7 m x ok. 1,2 m x ok. 1,2 m (szerokość, długość, wysokość)”, zaś zgodnie z kartą katalogową producenta ww. wózka – firmy KLARO, spol.s.r.o., z siedzibą w Pradze, Czechy, złożoną przez Odwołującego, wózek ten ma wymiary 790 x 620 x 990mm. W ocenie Izby wyrażenie „około” użyte przez Zamawiającego w specyfikacji nie obejmuje wózka zaoferowanego przez Przystępującego, albowiem sformułowanie „około” należy odnosić jedynie do drobnych odstępstw od podanych przez Zamawiającego wymiarów.

Zamawiający w dniu 23.04.2010 r. zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie dotyczącym dysponowania wózkami. Przystępujący w dniu 26.04.2010 r. złożył wyjaśnienie, w którym oświadczył, że przy realizacji usługi będzie dysponował wózkami ze stali nierdzewnej ze szczelnie zamkniętą przestrzenią ładunkową do transportu bielizny, które posiadają wymiar określony w Załączniku Nr 9 do SIWZ tj.: 0,7m x ok. 1,2m x ok. 1,2m. W ocenie Izby wyjaśnienie Przystępującego uznać należy za niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmianę treści oferty, albowiem w wyniku tego wyjaśnienia zaoferował on inny niż w ofercie wózek.

Prawidłowym postępowaniem Zamawiającego w sytuacji stwierdzenia nie dysponowania przez Przystępującego odpowiednim wózkiem powinno być wezwanie do uzupełnienia wykazu sprzętu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, które jednak z uwagi na

podleganie przez Przystępującego wykluczeniu z udziału w niniejszym postępowaniu jest bezprzedmiotowe.

Izba nie podzieliła zarzutu Odwołującego, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z powodu zaoferowania przez Przystępującego do czyszczenia verticali środków Sapur spray-ex, Sapur A, Sapur B, które nie mogą być stosowane do czyszczenia verticali, a także preparatu Incidin Plus, który nie może być używany do utrzymania czystości w kuchenkach oddziałowych, gdyż nie posiada dopuszczenia do stosowania na powierzchnie mające kontakt z żywnością.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią pkt 6.5.1.b SIWZ Zamawiający zastrzegł, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli złożyć opis oferowanej usługi tj. m.in. opis preparatów do stosowania przy sprzątaniu i dezynfekcji w zestawieniu tabelarycznym. Zamawiający zastrzegł także, że w tabeli muszą zostać zawarte informacje: przynależność do grupy preparatów opisanych w załączniku nr 8 i nazwa handlowa preparatu. W celu potwierdzenia zgodności zaoferowanych preparatów z przedstawionym w załączniku nr 8 opisem Wykonawca zobowiązany był do załączenia np. ulotek lub innych materiałów informacyjnych ich producentów (kart charakterystyki środka).

W ocenie Izby, brzmienie powołanych postanowień SIWZ świadczy o tym, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia zobowiązani byli do złożenia w ofercie opisu preparatów w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, o którym mowa w pkt 6.5.1.b SIWZ. Konsekwencją nie wykazania iż oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego mogłoby być wezwanie do uzupełnienia opisu preparatów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie zaś odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystępujący złożył w ofercie opis preparatów w ujęciu tabelarycznym w którym oświadczył, iż będzie stosował następujące preparaty:

W pkt 25- preparat Incidin Plus, przeznaczony do dezynfekcji i mycia wszelkich powierzchni, sprzętu medycznego oraz przedmiotów, które można zanurzyć w roztworze lub w nim wypełnić.

W pkt 21 – preparat Sapur Spray Ex, przeznaczony do ekstrakcyjnego czyszczenia podłóg dywanowych, wykładzin tekstylnych i dywanów oraz mebli tapicerowanych

W pkt 22 – Sapur A, przeznaczony do stosowania w dywanach, wykładzinach tekstylnych, żaluzjach pionowych

W pkt 23 – Sapur B, przeznaczony do stosowania w dywanach, wykładzinach tekstylnych, żaluzjach pionowych.

Ponadto Izba ustaliła, że na stronie 115 oferty Przystępujący oświadczył, iż do czyszczenia kuchenek oddziałowych: m.in. blatów wózków, szafek używał będzie środka Incidin Plus.

Izba stwierdziła, że Odwołujący na poparcie swego stanowiska, że preparaty Sapur spray-ex, Sapur A, Sapur B, które nie mogą być stosowane do czyszczenia verticali nie przeprowadził żadnego dowodu, pomimo iż zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp to na nim spoczywał ciężar udowodnienia faktu, z którego wywodził skutki prawne. Natomiast Przystępujący na okoliczność, iż środki Sapur spray-ex, Sapur A, Sapur B mogą być stosowane do czyszczenia verticali tekstylnych złożył dowód z dokumentu – oświadczenia z dnia 20 kwietnia 2010 r. producenta tych preparatów – firmy Ecolab sp. z o.o. w Krakowie. Producent w dokumencie tym oświadczył, że „*produkty Sapur spray-ex, Sapur A, Sapur B znajdują również zastosowanie w przypadku czyszczenia tekstylnych żaluzji pionowych*”, zaś Izba nie znalazła podstaw do odmówienia temu dokumentowi wiarygodności.

Izba stwierdziła, że do utrzymania czystości w kuchenkach oddziałowych: szafek kuchennych, blatów wózków do transportu posiłków należało stosować środki posiadające dopuszczenie do stosowania na powierzchni mające kontakt z żywnością. Powyższa okoliczność została podniesiona przez Odwołującego w trakcie rozprawy. Zamawiający i Przystępujący nie zaprzeczyli tej okoliczności, stwierdzając jedynie, że Zamawiający w SIWZ nie stawiał szczególnych wymagań w tym zakresie. Ponadto Zamawiający podniósł, że kontakt z żywnością mają co najwyżej blaty szafek, a nie całe szafki.

Przystępujący przewidział m.in. na str. 115 oferty do czyszczenia kuchenek oddziałowych środek Incidin Plus. Jako podlegające utrzymaniu czystości tym preparatem zostały przez Przystępującego wymienione powierzchnie takie jak blaty wózków i szafki. Szafki kuchenne zostały potraktowane jako całość bez rozbicia na szafkę i blat.

Izba ustaliła, że preparat Incidin Plus nie może być stosowany na powierzchnie mające kontakt z żywnością, czemu nie zaprzeczył na rozprawie Zamawiający ani Przystępujący. Na rozprawie w dniu 19 maja 2010 r. Przystępujący z ostrożności procesowej złożył ulotkę środka Incidin Active, na potwierdzenie okoliczności, iż usługę sprzątnia kuchenek oddziałowych wykonywał będzie przy użyciu tego środka dopuszczonego do stosowania do powierzchni mających kontakt z żywnością, a który to środek zaoferował w ofercie do czyszczenia innych niż kuchenki oddziałowe powierzchni. Z ulotki tej wynika, że preparat Incidin Active może być używany do czyszczenia powierzchni mających kontakt z żywnością.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że oferowany przez Przystępującego środek Incidin Plus nie może być stosowany do czyszczenia powierzchni mających kontakt z żywnością, a więc i kuchenek oddziałowych, a w konsekwencji Przystępujący nie wykazał, że oferowane przez niego usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. W ocenie Izby zaoferowanie przez Przystępującego na rozprawie sprzątnięcia kuchenek oddziałowych środkiem Incidin Active należy uznać za niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmianę oferty, albowiem nastąpiła zmiana preparatu przewidzianego przez niego w ofercie do czyszczenia kuchenek oddziałowych tj. Incidin Plus.

Prawidłowym postępowaniem Zamawiającego w sytuacji stwierdzenia, że złożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, powinno być wezwanie do uzupełnienia opisu preparatów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, które jednak z uwagi na podleganie przez Przystępującego wykluczeniu z udziału w niniejszym postępowaniu jest bezprzedmiotowe.

Izba nie podzieliła zarzutu Odwołującego iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z powodu nie uwzględnienia przez Przystępującego w ofercie utrzymania czystości w magazynie jałowym i jałowej części autoklawów w CST.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią pkt 6.5.1a SIWZ Zamawiający zastrzegł, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli złożyć opis oferowanej usługi tj. m.in. koncepcję organizacyjno-sanitarną realizacji usługi z uwzględnieniem planu higieny dostosowanym do warunków jednostki Zamawiającego.

W ocenie Izby, brzmienie powołanych postanowień SIWZ świadczy o tym, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia zobowiązani byli do złożenia w ofercie koncepcji z uwzględnieniem planu higieny, w celu potwierdzenia że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, o których mowa w pkt 6.5.1.a SIWZ. Konsekwencją nie wykazania iż oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego mogłoby być wezwanie do uzupełnienia koncepcji z uwzględnieniem planu higieny w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie zaś odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący swój zarzut wywodził z tego, że plan higieny złożony w ofercie Przystępującego pomija zakwestionowane obszary utrzymania czystości. Okoliczności tej nie zaprzeczył na rozprawie Zamawiający ani Przystępujący. Izba ustaliła także, że Przystępujący złożył w formularzu ofertowym oświadczenie, że *„zobowiązuje się do kompleksowego wykonania realizowania przedmiotowego zamówienia -zgodnie ze*

szczegółowym zakresie określonym w Załącznikach nr 2,4,5,6,8,9". W odpowiedzi na zapytania w dniu 21.01.2010r. Zamawiający wyjaśnił, że w Załączniku nr 5 do SIWZ do strefy II zalicza się tylko magazyn jałowy i jałową stronę autoklawów. Ponadto, w ofercie na str. 121, Przystępujący uwzględnił sprzątanie magazynu zasobów sterylnych.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że plan higieny złożony w ofercie Przystępującego pomija zakwestionowane obszary utrzymania czystości. Izba stwierdziła także, że niewątpliwie intencją Przystępującego było zobowiązanie się do utrzymywania czystości w magazynie jałowym i jałowej części autoklawów w CST, co wynika bezsprzecznie z treści oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym.

Prawidłowym postępowaniem Zamawiającego w sytuacji stwierdzenia, że złożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, powinno być wezwanie do uzupełnienia koncepcji z uwzględnieniem planu higieny w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, które jednak z uwagi na podleganie przez Przystępującego wykluczeniu z udziału w niniejszym postępowaniu jest bezprzedmiotowe.

Izba nie podzieliła zarzutu Odwołującego, co do braku zaoferowania w ofercie Przystępującego zwiększonej ilości profesjonalnego sprzętu do oczyszczania powierzchni gorącą parą wodną i przyznania mu w konsekwencji przez Zamawiającego bezzasadnie dodatkowych 30 pkt, co skutkowało naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpatrując ww. zarzut Izba ustaliła, że w formularzu oferty, na stronie 6 oferty (pkt III. 4.) Przystępujący w wierszu: sprzęt do oczyszczania powierzchni gorącą parą pozostawił wprawdzie kolumnę „zaoferowane zwiększenie” pustą, jednak w kolumnie „odpowieź wykonawcy” złożył oświadczenie „TAK”. Izba stwierdziła również, że Przystępujący złożył również wraz z ofertą wykaz narzędzi i urządzeń, w którym w pozycji 13 wykazał, że dysponuje 2 szt. sprzętu do oczyszczania powierzchni gorącą parą (str. 53-54 oferty).

Izba dokonując wykładni ww. dokumentów stwierdziła, że niewątpliwie intencją Przystępującego było zaoferowanie zwiększonej ilości sprzętu, na co jednoznacznie wskazuje jego oświadczenie „TAK” w formularzu ofertowym oraz wykazanie dysponowania 2 szt. sprzętu do oczyszczania powierzchni gorącą parą. Omyłkę Przystępującego polegającą na niewypełnieniu w formularzu ofertowym kolumny „zaoferowane zwiększenie” należy rozpatrywać w kategoriach omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). W orzecznictwie przyjmuje się, że omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to m.in. taki błąd wykonawcy, co do którego na podstawie innych dokumentów zawartych w ofercie można ustalić, jaka była w rzeczywistości intencja wykonawcy i z taką sytuacją w

ocenie Izby mamy do czynienia w tym przypadku. Omyłka ta nie jest natomiast istotna, albowiem jej poprawienie nie doprowadziłoby do zmiany przedmiotu świadczenia, gdyż na podstawie innych dokumentów złożonych ofercie można było ustalić, że Przystępujący w istocie zaoferował zwiększenie ilości sprzętu do czyszczenia gorącą parą. W tej sytuacji Zamawiający winien był wyjaśnić treść oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zaś po powzięciu informacji od Odwołującego, że zaszła omyłka - poprawić jego ofertę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z uwagi jednak na podleganie przez Przystępującego wykluczeniu z udziału w niniejszym postępowaniu poprawienie ww. omyłki jest w niniejszym postępowaniu bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny oferty konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o., KIO stwierdza, że Odwołujący nie udowodnił zarzutu, mimo, iż ciężar jego udowodnienia spoczywa na stronie, która wywodzi z tego skutki prawne, zgodnie z art. 6 k.c. Nie udowodnił, że wykazanie w ofercie części usług, jako usług zwolnionych od podatku, narusza przepisy prawne. Prawo urzędowych interpretacji w sprawie podatków przypisane zostało organom wskazanym w ustawie Ordynacja podatkowa. Odwołujący, będąc zainteresowany właściwym rozstrzygnięciem stawek podatku mógł uzyskać stosowną interpretację. Dowód przeciwny przeprowadził natomiast Przystępujący, który złożył interpretację indywidualną Ministra Finansów z dnia 2.10.2009 r. uzyskaną przez członka konsorcjum Przystępującego - Hospital Serwis sp. z o.o. we Wrocławiu. Interpretacja ta potwierdza, że stanowisko ww. spółki przedstawione we wniosku z dnia 2 lipca 2009 r. tj. iż fakt wykonywania usług w zakresie konsorcjum nie pozbawia Hospital Serwis sp. z o.o. prawa do zastosowania zwolnienia od opodatkowania odnośnie czynności zakwalifikowanych do grupowania PKWiU 85.14.18-00.00 wobec wykonywanej przez siebie ww. czynności wobec ZOZ, jest prawidłowe.

W świetle powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania zwolnienia od podatku VAT w świetle złożonych wyjaśnień, a zatem do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający przyznał punktację Konsorcjum Aspen, pomimo że oferta ta została odrzucona Izba stwierdziła, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 7 kwietnia 2010 r. poinformował wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, że odrzucił ofertę Nr 3 Konsorcjum firm: Aspen Sp. z o.o.; Aspen Plus Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym samym piśmie zawiadomił także, że

działając na art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp podaje nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Wśród ocenionych ofert wymienił ofertę Konsorcjum firm: Aspen Sp. z o.o.; Aspen Plus Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków, informując, że oferta ta otrzymała 564,04 pkt.

W ocenie Izby konsekwencją odrzucenia oferty konsorcjum Aspen powinno być pominięcie tej oferty w ocenie ofert i nie przyznanie jej punktacji. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w podnoszeniu tego zarzutu. Wobec sprzecznych oświadczeń Zamawiającego tj. o odrzuceniu oferty Aspen oraz o przyznaniu tej ofercie punktacji, Odwołujący którego oferta została sklasyfikowana niżej niż oferta konsorcjum Aspen mógł mieć uzasadnione wątpliwości co do statusu oferty konsorcjum Aspen, a co za tym idzie, wątpliwości co do posiadania interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp. Uwzględniając odwołanie Izba uznała, że powyższe naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. 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 **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....