

POSTANOWIENIE
z dnia 20 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron w dniu 20 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 2 kwietnia 2010 r. wniesionego przez „**VECTOR**” **Spółka Akcyjna, 62-031 Luboń, ul. Długa 3** w postępowaniu prowadzonym przez **WOJEWÓDZKI SZPITAL SPECJALISTYCZNY im. Najświętszej Maryi Panny, 42-200 Częstochowa, ul. Bialska 104/118**

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „VECTOR” Spółka Akcyjna, 62-031 Luboń, ul. Długa 3 kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony przez Odwołującego wpis.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołań mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym.

Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi prania i konserwacji bielizny szpitalnej oraz usługi szwalnicze” – ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 4 lutego 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2010/S 24-034509.

2 kwietnia 2010 r. (pismem z tej samej daty) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie od wyboru jako najkorzystniejszej oferty WOD-CHEM S.C.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) /zwanej dalej „ustawą pzp” lub „ppz”/, zgodnie z którym Zamawiający jest zobowiązany przygotować i prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców poprzez:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który oferuje rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) naruszenie art. 90 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie wezwania firmy WOD-CHEM s.c. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 pzp oraz art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania

firmy WOD-CHEM do uzupełnienia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z klauzulą o odpowiedzialności w zakresie przenoszenia chorób zakaźnych – opłacone na dzień składania ofert i na czas trwania umowy, opiewające na kwotę netto 1.000.000,00 PLN;

- 4) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp oraz art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania firmy WOD-CHEM do uzupełnienia wykazu usług i referencji potwierdzających wykonanie min. 1 usługi prania o wartości co najmniej 1.000.000 zł netto w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert;
- 5) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty firmy WOD-CHEM, mimo że złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty firmy WOD-CHEM s.c. oraz dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem uzasadnienia do odwołania, zgodnie z ogłoszeniem i s.i.w.z., oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z zasadą równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji. Z ostrożności procesowej, w przypadku gdyby powyższe nie było możliwe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego uzasadnionych kosztów zastępstwa przez KIO, zgodnie z rachunkiem, który pełnomocnik przedłoży w trakcie rozprawy.

Odwołanie podpisane zostało przez Członka Zarządu Spółki i Prokurenta samoistnego – uprawnionych do reprezentacji według załączonego aktualnego odpisu z KRS.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł w szczególności następujące okoliczności:

Zamawiający zdaniem Odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru Wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Firma WOD-CHEM s.c. zaoferowała realizację zamówienia za łączną cenę netto w wysokości 483.858,00 zł. Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w wysokości 1.098.135,00 zł. Kolejna oferta zawiera łączną cenę netto w wysokości 721.180,33 zł, tj. o 237.322, 33 zł mniej niż cena oferowana przez firmę

Sygn. akt: KIO 572/10

WOD-CHEM. Oferta firmy WOD-CHEM jest rażąco niska, ponieważ przy uwzględnieniu dodatkowych kosztów, jakie Zamawiający nakazał uwzględnić w ofercie, tj. zatrudnienie min. 3 pracowników oraz zakup wózków transportowych nie jest realna do wykonania za oferowaną przez firmę WOD-CHEM cenę 483.858,00 zł. Nadmieniamy, iż minimalny koszt wykonania ww. usługi winien oscylować na poziomie 693.360 zł, tj. min. 57.780 zł netto/m-c. Taką też kwotę firma WOD-CHEM s.c. otrzymuje od Zamawiającego z tytułu realizacji umowy Nr W.Sz.S.EDZ-2412/P-8/22/10 zawartej dnia 02-03-2010 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp), zawartej na okres 2 miesięcy od zawarcia umowy. Dla porównania, informujemy, iż cena za miesiąc wykonywania usługi w ww. postępowaniu (z wolnej ręki), mimo identycznego zakresu, jest o 31% wyższa niż przedstawiona cena za miesiąc wykonywania usługi w ofercie złożonej do przetargu nieograniczonego. Podobnie przedstawia się wysokość stawek jednostkowych, które mają wpływ na cenę łączną. Zamawiający posiadając ww. informacje i dane faktyczne, winien był zgodnie z art. 90 ust. 1 powziąć wątpliwość w zakresie istnienia przesłanek rażąco niskiej ceny. Powinien zwrócić się do firmy WOD-CHEM o udzielenie stosownych wyjaśnień.

Zamawiający naruszył zdaniem Odwołującego Zamawiający art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania firmy WOD-CHEM do uzupełnienia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z klauzulą o odpowiedzialności w zakresie przenoszenia chorób zakaźnych – opłacone na dzień składania ofert i na czas trwania umowy, opiewające na kwotę netto 1.000.000,00 PLN. Polisa firmy WOD-CHEM, jaka została załączona do oferty opiewa na kwotę 1.000.000 zł, co powoduje że złożona polisa nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie mogła być tym samym uznana przez Zamawiającego. Suma gwarancyjna winna opiewać na kwotę 1.220.000 zł. Jedynie w takim przypadku Wykonawca spełniłby warunek udziału w postępowaniu. Celem przeprowadzenia dowodu na potwierdzenie naszego stanowiska skierowaliśmy zapytanie ofertowe do PZU S.A. (załącznik do odwołania), w którym przedstawiliśmy warunek, iż polisa ma opiewać na 1.000.000 zł netto - ściśle cytując zapis ogłoszenia i SIWZ, jaki ustalił Zamawiający. Odpowiadając na nasze zapytanie PZU S.A. przesłało nam, cyt. „Wstępną ofertę ubezpieczenia OC” (załącznik do odwołania), w której wskazano Sumę gwarancyjną w wysokości 1.220.000 zł w odniesieniu do wszystkich wypadków ubezpieczeniowych zaistniałych w okresie ubezpieczenia (§ 11.1 OWU), co bezpośrednio potwierdza, że polisa OC firmy WOD-CHEM nie powinna być zostać uznana za spełniającą ww. warunek udziału w postępowaniu. Nadmieniamy, iż także przedłużenie polisy na czas trwania umowy zostało dokonane wadliwie. Polisa podstawowa OC Nr 243287 obejmuje klauzule przenoszenia

Sygn. akt: KIO 572/10

chorób zakaźnych, w tym WZW i HIV. Ważność tej polisy została przedłużona polisą Nr 1973666, jednakże niezgodnie z s.i.w.z. Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu wymagał złożenia w ofercie dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca posiada opłacone ubezpieczenie OC na czas składania ofert i na czas trwania umowy. Polisa Nr 1973666 w odróżnieniu od polisy podstawowej nie obejmuje przenoszenia chorób zakaźnych w zakresie HIV i WZW, gdyż wskazuje wyłącznie w polisie klauzulę 66 OWU PZU S.A. Zgodnie z treścią pkt 2. ppkt 3) klauzuli 66 OWU PZU S.A., cyt. „PZU S.A. nie ponosi odpowiedzialności za szkody spowodowane przeniesieniem choroby Creutzfelda-Jacoba lub innych encefalopatii gąbczastych oraz HIV. Dla wyjaśnienia, polisa podstawowa zawierała zapis, że uwzględnia klauzulę 66 w pełnym zakresie. Polisa przedłużająca ubezpieczenie posiada wyłącznie wskazanie klauzuli, bez ubezpieczenia rozszerzającego. Zamawiający nie wskazał w s.i.w.z., że dopuszcza aby polisa nie obejmowała części chorób zakaźny

Zgodnie z rozdz. X. s.i.w.z. „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków: 1. O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 1 pzp , i którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 i art. 44 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dotyczące: 1.2.posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: • Zamawiający uzna spełnienie ww. warunku, jeżeli Wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie przynajmniej jedną usługę prania w jednostce służby zdrowia . Wartość minimum dla usług nie mniej niż : 1.000.000,00 zł netto”. Firma WOD-CHEM załączyła do oferty wykaz usług obejmujący 4 usługi. W Lp. 1 i 2 wskazano 2 usługi, każda „rzekomo” powyżej 1.000.000 zł. Wartość usługi wskazanej w Lp. 1 wykazu nie obejmuje prania, jak wymagał zamawiający, lecz także dzierżawę bielizny. Wartość prania nie obejmuje wartości 1.000.000 zł netto, gdyż wartość samej dzierżawy stanowi ponad 60% wartości umowy. Stąd Zamawiający nie mógł usługi tej uznać za potwierdzającą spełnianie warunku. Wartość samego prania nie przekracza tu 900.000 zł. Wskazana usługa w Lp. 2 Wykazu przez firmę WOD-CHEM wskazuje, że wykonała ona zamówienie od 07.04.2008 r. do 30.01.2010 r. o wartości 1.281.452,08 zł. Tymczasem firma WOD-CHEM nie wykonała takiej umowy, ponieważ umowy takiej nigdy nie zawarto. Zamawiający zawarł 1 umowę w roku 2009, na wartość 681.784,80 zł brutto, której kopię załączamy do odwołania. Termin wykonania tej umowy obejmował od 07.04.2009 do 06.04.2010 r. W przedmiotowym wykazie firma WOD-CHEM zawarła nieprawdziwe informacje, gdyż nie wykonała 1 usługi pralnia o wartości 1.000.000 zł netto w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania,

Sygn. akt: KIO 572/10

a wartości usług wskazane w wykazie stanowią sumę kilku różnych umów, zawartych w wyniku różnych przetargów, prowadzonych w różnym czasie, a nie jak wymagał Zamawiający 1 zamówienia o wartości co najmniej 1.000.000 zł.

Przedmiotowe informacje miały wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający ocenił je pozytywnie, i na tej podstawie dokonał wyboru oferty firmy WOD-CHEM s.c. Nadmieniamy, że złożenie nieprawdziwych informacji w ofercie, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania skutkuje wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. Stanowi tak art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp. Stosownie do art. 24 ust. 4 pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Obowiązek wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp może się zaktualizować na każdym etapie postępowania. Może być bowiem tak, iż Zamawiający uzyska wiedzę na temat informacji składanych przez wykonawcę z własnych źródeł lub w wyniku rozpatrywania protestów. Zamawiający jest zobowiązany do rzetelnego ustosunkowania się do zarzutów zawartych w protestach, w szczególności w sytuacji, gdy zarzuty dotyczą składania przez danego wykonawcę nieprawdziwych informacji. Zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować oświadczeń wykonawcy, lecz ma obowiązek je weryfikować na podstawie informacji powszechnie dostępnych.

Zamawiający zdaniem Odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 i 3 pzp, art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust.4 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty firmy WOD-CHEM, mimo że złożyła nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Firma WOD-CHEM złożyła w ofercie Protokół z kontroli sanitarnej (str. 53 i dalej oferty), w treści którego zawarto zapis, iż, cyt. „środki stosowane do prania i dezynfekcji bielizny to: Ozonit, Hygenil, Dixite-EXTRA". Do oferty dołączono technologie prania (str. 71-73, 75 oferty), w treści których wskazano niestosowane w pralni środki. Protokół kontroli sanitarnej wystawiony 24.02.2010 r. potwierdza jednoznacznie, iż środki jakich używa się do prania i dezynfekcji to wyłącznie „Ozonit, Hygenil, Dixite-EXTRA". W technologiach, o którym mowa powyżej wskazuje firma WOD-CHEM, że stosuje środek np. Finale Specjal, Softenit Perfect, Hygenil Bio, Hygeil Bio+, Turbo Usona, Oxysan. Protokół kontroli sanitarnej jednoznacznie zaprzecza stosowaniu tychże środków, co czyni nieprawdziwymi tychże informacji. Ma to istotny skutek w zakresie oceny ofert, gdyż Zamawiający uznając technologie za zgodne z s.i.w.z. dokonał wyboru tej oferty. Technologie te zostały złożone wyłącznie w celu pozyskania zamówienia, lecz nie odpowiadają prawdzie. Potwierdza to jednoznacznie Protokół kontroli sanitarnej.

Sygn. akt: KIO 572/10

Zamawiający określił sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający jego ocenę, co skutkuje wadą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Nakazał złożenia w ofercie polisy OC opłaconej na czas trwania umowy. Nie jest wiadomym ani kiedy ewentualnie umowa będzie zawarta, ani także czy w ogóle taka umowa zostanie zawarta. Zatem ocena spełniania tego warunku jest niewykonalna bez ingerencji w zapisy s.i.w.z. po terminie składania ofert, co z kolei jest niedopuszczalne. Brak możliwości oceny spełniania warunku eliminuje wszystkie oferty i wypacza wynik przetargu, gdyż każda czynność tu podjęta będzie wadliwa.

2 kwietnia 2010 r. Odwołujący przesłał faksem Zamawiającemu kopię odwołania, na potwierdzenie tej okoliczności załączył do odwołania potwierdzenie otrzymania tej kopii przez Zamawiającego, w postaci faksu potwierdzającego otrzymanie 11 stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na którym widnieje faksymile podpisu pani Ewy Bigos i kopia pieczęci nagłówkowej Zamawiającego.

W aktach sprawy znajduje się również pismo Zamawiającego z 6 kwietnia 2010 r. informujące wybranego wykonawcę (Pralnia WOD-CHEM S.C., 42-200 Częstochowa, ul. Artyleryjska 1) o wniesionym odwołaniu i wzywające go do przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania – wraz z potwierdzeniem nadania faksem 12 stron na nr faksu tego wykonawcy oraz kopia strony z pocztowej książki nadawczej potwierdzająca nadanie 7 kwietnia 2010 r. listu poleconego do tego wykonawcy.

Z przesłanej do Krajowej Izby Odwoławczej 14 kwietnia 2010 r. (pismem z 13 kwietnia 2010 r.) przez Zamawiającego kopii dokumentacji potwierdzonej za zgodność z oryginałem, wynika, iż do upływu 3-dniowego terminu żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego po jego stronie.

Pismem z 9 kwietnia 2010 r., doręczonym do Krajowej Izby Odwoławczej 12 kwietnia 2010 r. (potwierdzonym pisemnie 13 kwietnia 2010 r.), Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania.

Odpowiedź na odwołanie podpisał Kazimierz Pankiewicz – Dyrektor WOJEWÓDZKIEGO SZPITALA SPECJALISTYCZNEGO im. Najświętszej Maryi Panny, upoważniony do reprezentacji zgodnie z załączonym aktualnym odpisem z KRS.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym trzydniowym terminie, tj. do 9 kwietnia 2010 r., żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy pzp).

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości, wykona i powtórzy czynności zakwestionowane w prowadzonym

Sygn. akt: KIO 572/10

postępowaniu o udzielenie Zarównia publicznego, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego oraz uczynił zadość jego żądaniu.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz uczynił zadość w całości żądaniu Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonych na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

.....