

Sygn. akt KIO/UZP 412/09

**WYROK**  
**z dnia 14 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Członkowie: Marek Koleśnikow**  
**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jana Czaja prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX”, ul. Grunwaldzka 84/1, 85-039 Bydgoszcz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8B, 81-912 Gdynia** protestu z dnia 13 marca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie powtórnej oceny ofert w zakresie części zamówienia nr II, VII, VIII, IX, X, XI, XIV i XV wraz z odrzuceniem ofert złożonych przez VACO Sp. z o.o. oraz ABAPEST Marian Petalczyk.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8B, 81-912 Gdynia i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jana Czaja prowadzącego**

**działalność gospodarczą pod firmą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX”, ul. Grunwaldzka 84/1, 85–039 Bydgoszcz,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8B, 81–912 Gdynia** na rzecz **Jana Czaja prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX”, ul. Grunwaldzka 84/1, 85–039 Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jana Czaja prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX”, ul. Grunwaldzka 84/1, 85–039 Bydgoszcz.**

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

### **STAN FAKTYCZNY**

Zamawiający, Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8B, 81–912 Gdynia, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi deratyzacji, dezynsekcji w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie RZI w Gdyni i administrowanych przez WAK-i, polegające na ochronie obiektów przed szkodnikami wg systemu HACCP i zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie.

**W dniu 04.03.2009** zamawiający poinformował uczestników postępowania o jego wynikach.

**W dniu 13.03.2009** Jana Czaja prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX”, ul. Grunwaldzka 84/1, 85–039 Bydgoszcz, wniósł protest dotyczący:

1. badania ofert – poprzez przyjęcie, że oferty Wykonawcy: Firmy VACO Sp. z o.o. ul. Ostrowskiego 9, 53-238 Wrocław w zakresie części zamówienia Nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i ABAPEST ul. Sokołowska 96/5,06-111 Siedlce w zakresie IX części zamówienia podlegają rozpatrywaniu i nie podlegają odrzuceniu z postępowania.
2. powtórnej oceny ofert – poprzez przyjęcie, że ww. oferty podlegają punktacji (ocenie) ofert we wskazanych częściach,
3. powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty – poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, ofert: Firmy VACO Sp. z o.o. ul. Ostrowskiego 9, 53-238 Wrocław w zakresie części zamówienia Nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i ABAPEST ul. Sokołowska 96/5,06-111 Siedlce w zakresie IX części zamówienia, ofert nie podlegających ocenie.

W uzasadnieniu protestu podniesiono:

„Wnoszący protest w dniu 4 marca br. pozyskał informację od Zamawiającego (fax pisma nr ZP-2479/09), iż w ww. postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający dokonał wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Protestujący stwierdza, iż nakazane wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej – sprawa sygn. Akt: 1509/08 z dnia 15 stycznia 2009r, powtórzone badanie i ocena ofert zostało dokonane z obrazą zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzuty wnoszącego protest dotyczą następujących czynności Zamawiającego:

1. powtórnego badania ofert – poprzez przyjęcie, że oferty Wykonawcy: Firmy VACO Sp. z o.o. ul. Ostrowskiego 9, 53-238 Wrocław w zakresie części zamówienia Nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i ABAPEST ul. Sokołowska 96/5,06-111 Siedlce w zakresie IX części zamówienia nie podlega wykluczeniu a jego oferta podlega rozpatrywaniu i nie podlega odrzuceniu z postępowania

Tymczasem jak wynika z ustaleń poczynionych przez wnoszącego protest (dokonanie wglądu do dokumentacji postępowania przez naszego pełnomocnika w siedzibie Zamawiającego), oferty podnoszonych Wykonawców podlegają odrzuceniu z postępowania.

Za takim stanowiskiem przemawiają następujące fakty:

Nakazanym ww. wyrokiem KIO Zamawiający dokonał wezwania do wskazanych wykonawców o uzupełnienie ich ofert o atesty PZH na środki wskazane w złożonych ofertach.

Skutkiem instytucji wezwania doszło do braku uzupełnienia o żądane dokumenty względem środków pokazanych w ofertach.

I tak; oferta Firmy VACO w dniu przetargu zawierała następujące środki (załączamy ksero oferty):

1. Alfasep Super Kill – brak Atestu
2. Winylotox 1000 EC – brak Atestu
3. Ratt Killer Perfect kostka – brak Atesu
4. Ratt Killer Perfect pasta – ATEST

Dokumenty uzupełnione przez Firmę VACO na wezwanie Zamawiającego:

1. Pennphos – ATEST
2. Ratt Killer Perfect pasta – ATEST
3. AquaPy – ATEST
4. Alfasep Super Kill – brak ATESTU
5. Winylotox – brak ATESTU

Oferta Firmy Abapest w dniu przetargu zawierała następujące środki:

Środki do deratyzacji:

1. Ratt Killer Perfect – kostka – brak ATESTU
2. Ratt Killer Perfect Pasta – brak ATESTU
3. Ratt Killer Perfect - granulata – brak ATESTU

Środki do dezynsekcji:

1. Alfasept Super Kill – brak ATESTU
2. K-Othrine Flow 25 – brak ATESTU

Dokumenty uzupełnione przez Abapest na wezwanie Zamawiającego:

1. Penphos 240CS – ATEST
2. Agita 10 WG – ATEST
3. Ratt Killer Perfect Pasta – ATEST ( uzupełniono prawidłowo)
4. Metradin FLOW – ATEST
5. Murin Facoum w kostkach parafinowych – ATEST
6. Ratt Killer Perfect Kostka – brak Atestu
7. Ratt Killer Perfect granulata – brak ATESTU
8. Alfasep Super Kill – brak Atestu
9. K-Othrine 2,5 Flow – brak Atestu

Firma Abapest załączyła inne środki z atestami niż w pierwotnej ofercie a do środków podanych w ofercie nie dołączył Atestów z wyjątkiem środka Ratt Killer Perfect Pasta.

Tym samym doszło do zmian danych ofert w zakresie oferowanych środków, czyli do niedopuszczalnej zmian treści danych ofert. Skutkiem powyższego dane oferty nie zostały

uzupełnione o żądane dokumenty i podlegają odrzuceniu z regulacji art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy.

Zastosowanie tej regulacji, zgodnie z komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Prezesa UZP T. Czajkowskiego z 2006r, jest obligatoryjne. "Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji"

2. powtórnej oceny ofert – poprzez przyjęcie, że ww. oferty podlegają punktacji (ocenie) ofert we wskazanych częściach. Tymczasem oferty te nie podlegają rozpatrywaniu i są nieważne z przyczyn wskazanych w pkt. 1 i tym samym nie powinny brać udziału w punktacji (rankingu ofert), zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

3. powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty – poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, ofert: Firmy VACO Sp. z o.o. ul. Ostrowskiego 9, 53-238 Wrocław w zakresie części zamówienia Nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i ABAPEST ul. Sokołowska 96/5,06-111 Siedlce w zakresie IX części zamówienia, ofert nie podlegających ocenie.

Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszają interes prawny Protestującego. Jego oferta była rozpatrywana na równi z ofertami nie podlegającymi rozpatrywaniu, podlegającymi odrzuceniu. Zamawiający rozpatrywał i ocenił oferty podlegającą odrzuceniu, co doprowadziło do nieprawego wyboru. Powyższe pozbawia Nasz Zakład pozyskania tego zamówienia publicznego.

Działania Zamawiającego naruszają:

art.7,

art. 26 ust. 3,

art. 89 ust. 1, pkt. 2),

art. 91 ust. 1,

ustawy oraz przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W tym stanie rzeczy Protestujący wnosi o:

1. powtórzenie czynności badania ofert – w następstwie której nastąpi odrzucenie podnoszonych oferty z postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) – tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert,
3. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji”

**W dniu 24.03.2009 r.** zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podniesiono:

„Zgodnie z pkt. I SIWZ – "opis przedmiotu zamówienia" Zamawiający oczekiwał ofert na "usługę deratyzacji w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni i administrowanych przez WAK-i polegające na ochronie obiektów przed szkodnikami wg systemu HACCP i zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie". Z kolei w pkt. V, pkt. 10 SIWZ Zamawiający zażądał kserokopii atestów i dopuszczeń dla środków użytych do realizacji przedmiotu zamówienia. W wyniku wcześniejszego postępowania protestacyjnego Zamawiający wezwał Wykonawców do uzupełnienia dokumentów o wskazane wyżej atesty dla środków użytych do realizacji zamówienia. Zamawiający nie zaprzecza, iż Wykonawcy faktycznie przedłożyli wykaz innych środków niż pierwotnie, jednak pozostaje okolicznością bezsporną, iż środki te posiadają stosowne atesty.

Zamawiający nie zgadza się natomiast z argumentem protestującego, iż w ten sposób doszło do zmiany treści oferty. Treścią oferty nadal pozostaje wykonanie usługi deratyzacji i dezynsekcji w tych samych obiektach i za taką samą cenę.

Oferty, które zostały sporządzone na wymaganych przez Zamawiającego formularzach, nie obejmują natomiast swoją treścią środków użytych do realizacji usługi. Tym samym, wbrew twierdzeniom Protestującego wskazanie innych środków, które będą użyte do realizacji zamówienia, nie jest tożsame ze zmianą treści oferty. Tym bardziej, iż żaden zapis SIWZ ani projektu umowy nie wymaga tego aby te same środki musiały być stosowane w całym okresie trwania umowy. Jeżeli zatem np. w okresie umowy pojawia się nowe lepsze środki lub np. któryś ze środków zostanie wycofany z umowy to błędne byłoby twierdzenie, że stosowanie innego środka stanowiłoby zmianę treści oferty i wymagałoby zmiany umowy.

Reasumując w ocenie Zamawiającego przedmiotem umowy nie jest dostawa środków do deratyzacji i dezynsekcji lecz usługa wykonania przy użyciu odpowiednich środków, co do których Zamawiający oczekuje jedynie aby miały stosowne atesty. Zatem wskazanie przez Wykonawców po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i innych środków niż pierwotnie nie stanowi zmiany oferty a protest w związku z tym na podstawie art. 183 PZP podlega oddaleniu.”

Jana Czaja, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Dezynsekcji, Dezynfekcji, Deratyzacji „VITEX”, wniósł w dniu 31.03.2009 r. odwołanie od ww. oddalenia protestu.

W odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 1 pkt. 10), art. 24 ust. 2 pkt. 3), art. 26 ust. 3-4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2), art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podtrzymał wskazane zarzuty na powtórzone czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania przetargowego zawarte w proteście.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

„Nakazanym ww. wyrokiem KIO Zamawiający dokonał wezwania do wskazanych wykonawców o uzupełnienie ich ofert o atesty PZH na środki wskazane w złożonych ofertach.

Skutkiem instytucji wezwania doszło do braku uzupełnienia o żądane dokumenty względem środków pokazanych w ofertach.

I tak; oferta Firmy VACO w dniu przetargu zawierała następujące środki:

1. Alfasep Super Kill – brak Atestu
2. Winylotox 1000 EC – brak Atestu
3. Ratt Killer Perfect kostka – brak Atestu
4. Ratt Killer Perfect pasta – ATEST

Dokumenty uzupełnione przez Firmę VACO na wezwanie Zamawiającego:

1. Pennphos – ATEST
2. Ratt Killer Perfect pasta – ATEST
3. AquaPy – ATEST
4. Alfasep Super Kill – brak ATESTU
5. Winylotox – brak ATESTU

Oferta Firmy Abapest w dniu przetargu zawierała następujące środki:

Środki do deratyzacji:

1. Ratt Killer Perfect - kostka – brak ATESTU
2. Ratt Killer Perfect Pasta – brak ATESTU
3. Ratt Killer Perfect - granulat – brak ATESTU

Środki do dezynsekcji:

1. Alfasept Super Kill – brak ATESTU
2. K-Othrine Flow 25 – brak ATESTU

Dokumenty uzupełnione przez Abapest na wezwanie Zamawiającego:

1. Penphos 240CS – ATEST
2. Agita 10 WG – ATEST

3. Ratt Killer Perfect Pasta – ATEST ( uzupełniono prawidłowo)
4. Metradin FLOW – ATEST
5. Murin Facoum w kostkach parafinowych – ATEST
6. Ratt Killer Perfect Kostka – brak Atestu
7. Ratt Killer Perfect granulata – brak ATESTU
8. Alfasep Super Kill – brak Atestu
9. K-Othrine 2,5 Flow – brak Atestu

Firma Abapest załączyła inne środki z atestami niż w pierwotnej ofercie a do środków podanych w ofercie nie dołączył Atestów z wyjątkiem środka Ratt Killer Perfect Pasta.

W toku postępowania zgodnie z Wyrokiem z dnia 15 stycznia 2009 roku Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający miał dokonać min. następujących czynności:

"Powtórzenie badania i oceny ofert w częściach nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i IX postępowania".

Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ustawy dopuścił się rażącego naruszenia przepisów poprzez uznanie iż złożone uzupełnione dokumenty inne w stosunku do treści złożonych ofert i przyjęcie ich za prawidłowe w stosunku do treści oferty, w których zaoferowano inne środki.

Przyjęcie dokumentów dla innych środków niż określone w złożonych ofertach narusza zasadę równego traktowania wykonawców (art.7) oraz jest czynnością sprzeczną z ustawą poprzez zmianę treści złożonych ofert (zarówno firmy VACO jak i ABAPEST) po terminie składania ofert, jest też naruszeniem treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia:

"Wykonawca ma przedłożyć kserokopie atestów i dopuszczeń dla środków użytych do realizacji przedmiotu zamówienia."

Zatem składając ofertę wykonawca musiał przedstawić środki, którymi będzie realizował zamówienie. Przyjęcie w toku badania ofert atestów i dopuszczeń na inne środki niż przedstawione w ofercie w terminie składania ofert jest obrażą przepisów ustawy i rażącym naruszeniem zasady równego traktowania oraz art. 87 ust 1 ustawy, przez co powoduje nieważność dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie czynności sprzecznej z art. 7 ust 3 ustawy. "Zamawiający dokonując czynności oceny i badania ofert powinien oprzeć się na warunkach udziału w postępowaniu określonych w treści ogłoszenia oraz postanowieniach SIWZ" ( sygn. akt KIO/UZP 11/07 wyrok z 2 stycznia 2007).



Zgodnie z zapisem SIWZ Rozdział "V – Dokumenty, jakie należy załączyć do składanej oferty na potwierdzenie spełnienia warunków" w pkt. 10 jest zapis "Kserokopia dokumentów i dopuszczeń dla środków użytych do realizacji przedmiotu zamówienia"

W pkt. 2 tego rozdziału Zamawiający określił "Brak jakiegokolwiek z wyżej wymienionych dokumentów, lub złożenie w niewłaściwej formie spowoduje odrzucenie oferty." Wzywając do uzupełnienia dokumentu, uzupełnienie nie może dokonywać zmian w treści ofert po terminie składania ofert. W tym przypadku mamy do czynienia z taką zmianą gdy Wykonawcy mieli zaoferować i przedstawić środki spełniające oczekiwania i wymagania podane w SIWZ.

Dobór środków należał do obowiązku wykonawców pod rygorem odrzucenia oferty. Wykonawcy podali jakie środki zamierzają używać. Dla tych środków można było uzupełnić dokumenty wymagane w SIWZ( zgodnie z wyrokiem KIO w tej sprawie sygn. akt KIO/ UZP 1509/08 i 1527/08. Zaoferowanie innych środków niż określone w złożonych ofertach po terminie otwarcia ofert jest niedopuszczalne.

W tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją w której uzupełnienie ofert doprowadziło do zmiany treści oferty. W nieco innej ale podobnej sprawie KIO sygn. akt KIO /UZP 586/08, wyrok z dnia 27 czerwca 2008 uznała: "oświadczenie woli złożone w treści oferty nie może być dowolnie zmieniane przez wykonawców po upływie terminu składania ofert, bowiem godziłoby to w fundamentalne zasady udzielenia zamówień publicznych tj. "zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji".

Na obowiązkowe wezwanie Zamawiającego, podnoszeni wykonawcy nie uzupełnili atestów do środków wskazanych w ofercie. Tym samym Zamawiający miał obowiązek wykluczyć tych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3) ustawy.

Odwołujący nie rozumie argumentacji Zamawiającego pokazanej w rozstrzygnięciu danego protestu dotyczącego wadliwych czynności Zamawiającego.

Firma Abapest uzupełniła dokumenty nie o wymagane atesty lecz o nowe środki z atestami i o środki zawarte w ofercie bez atestów, czyli zrobiono to wbrew wymaganiom o uzupełnieniu dokumentów. Skutkiem takiego uzupełnienia doszło do niedopuszczalnej zmiany treści danych ofert z przekroczeniem przepisów art. 87 ustawy.

W uzupełnieniu dokumentów, również dani wykonawcy powtórzyli ten sam błąd co pierwotnie, dołączając środki bez atestów, których nie można stosować na obiektach żywnościowych takich jak kuchnie, magazyny żywnościowe, izby chorych które ma w swojej infrastrukturze Zamawiający. Jednocześnie można wnioskować, że wykonawcy załączając

środki bez atestu dopuszczają się do ich stosowania na ww. obiektach co zostało zabronione przez Zamawiającego zapisami siwz, i wbrew przepisom zastosowania tych środków w obiektach użyteczności publicznej.

NP. Załączony środek Winylotox - brak atestu (TRUCIZNA - zawierająca 1000g/l dichlorfosu) środek który dołączyła firma VACO w instytucji uzupełniania dokumentów. Jest to kolejnym naruszeniem wymogów specyfikacji Zamawiającego.

Zamawiający w oddaleniu protestu, argumentuje, że przedmiotem postępowania jest usługa a nie dostawa środków do wykonania usługi, i tym samym może dojść do wymiany tych środków w ofertach.

Przedmiotem zamówienia danego jest usługa wraz z dostawą środków do jej wykonania/ nazwana do sprocudowania, zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy -usług/.

Tym samym doszło w instytucji uzupełnienia do nieuzupełnienia o wymagane dokumenty oraz do niedopuszczalnej zmiany treści położonych ofert.

Podtrzymujemy zarzut wynikający z przepisu dotyczący równego traktowania wykonawców w toku badania ofert. Zamawiający tak samo traktując podnoszonych wykonawców podlegających wykluczeniu oraz Nas nie podlegających tej instytucji, złamał podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych.

Podnoszeni wykonawcy, również w instytucji uzupełnienia nie potwierdzili warunku wejścia do postępowania i nie złożyli wymaganych dokumentów. Zamawiający zaniechał wykonania obowiązkowej czynności ich wykluczenia i odrzucenia ich ofert.

Zamawiający wadliwie wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej - sygn. akt KIO/UZP 1509/08 i KIO/UZP 1527/08 z dnia 15 stycznia 2009 .

Wskazane wyżej czynności Zamawiającego powtórnie naruszyły interes Odwołującego – Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi powtórzonymi wadliwymi czynnościami, naruszył artykuły ustawy, co wyróżnia niektórych wykonawców występujących w tym postępowaniu oraz narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania. Powyższe uniemożliwia tym samym Odwołującej pozyskanie tego zamówienia publicznego.

Z tych też względów Odwołująca wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności względem naszych żądań:

1. powtórzenie czynności badania ofert – w następstwie której nastąpi wykluczenie wykonawców: Firmy VACO Sp. z o.o. ul. Ostrowskiego 9, 53-238 Wrocław w zakresie części zamówienia Nr II, VII, VIII, X, XI, XIV, XV i ABAPEST ul. Sokołowska 96/5, 06-111 Siedlce w zakresie IX części zamówienia i odrzucenie ich ofert z postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert we wskazanych częściach) – tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnych ofert,

3. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.”

**Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia i oferty, których dotyczyło odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do wydania prawomocnego orzeczenia Izby (wyrok z dnia 15.01.2009 r. sygn. akt. 1509/08, 1527/08), które potwierdzało zasadność zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert, których treść nie odpowiadała treści siwz.

Należy nadmienić, iż zamawiający wykonał ww. wyrok Izby, dokonując powtórzenia oceny ofert i wezwał wskazanych wykonawców do uzupełnienia stosownych dokumentów (atestów). W wyniku ww. czynności doszło do ponownego wyboru tych samych wykonawców po dokonaniu przez nich uzupełnień (w częściach zamówienia nr II, VII, VIII, X, XI, XIV i XV – VACO Sp. z o.o., w części IX – ABAPEST Marian Petalczyk), co następnie stało się przedmiotem obecnie rozpatrywanego odwołania (poprzedzonego oddalonym protestem).

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż niedostarczenie w ramach uzupełnienia dokumentów załączonych do oferty przez VACO Sp. z o.o. i ABAPEST Marian Petalczyk atestów dla wszystkich środków chemicznych przedstawionych pierwotnie wraz z ofertami opisywane w odwołaniu i przytaczane w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia, nie jest okolicznością sporną pomiędzy stronami.

Zamawiający podnosi jedynie, iż wskazanie środków czy też sama dostawa środków nie jest elementem treści oferty, ale potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu i tym samym wykonawcy mogli w ramach uzupełnienia zamienić środki pierwotnie wskazane i przedstawić atesty dla środków nowowskazanych. Ponadto zamawiający podnosi, iż w świetle postanowień siwz wystarczające jest wskazanie jednego środka z atestem aby

spełnić wymagania zamawiającego w tym zakresie – co ww. wykonawcy w ramach uzupełnień uczynili.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż stanowisko zamawiającego w przedmiocie treści oferty nie zasługuje na uwzględnienie. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego i uznaje za potwierdzony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, do którego doszło w wyniku błędnej oceny uzupełnionych dokumentów i ponownego wyboru ww. wykonawców.

Z całą stanowczością należy podkreślić, iż już w wyroku Izby z dnia 15.01.2009 r. uznano, że wskazane w ofertach środki są preparatami przy pomocy których będzie wykonywane zamówienie. Ponadto wskazano, iż zgodnie z rozdz. V pkt 10 siwz dla tego typu środków należy dostarczyć wymagane atesty i dopuszczenia. Izba uznała również, że brak dostarczenia atestów dla wskazanych w ofertach środków służących do realizacji przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji brak potwierdzenia, że użyte środki posiadają wymaganą atestację na etapie składania ofert, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Zastosowanie powyższego przepisu określa, iż Izba stanęła na stanowisku i wyraźnie uznała, że przedstawienie w ofercie właściwych preparatów oraz dostarczenie określonych dokumentów potwierdzających ich atestację stanowi część oferty, nawet jeżeli nie zostało to *expressis verbis* w uzasadnieniu wyroku wyrażone. Ponadto wskazać należy, iż zamawiający nie zakwestionował ww. wyroku w trybie postępowania skargowego, a tym samym zgodził się ze stanowiskiem Izby w tym zakresie.

Skład orzekający Izby rozpatrujący odwołanie przychyliła się do stanowiska zamawiającego wyrażonego na rozprawie, iż dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie stanowią treści oferty. Dokumenty atestów żądane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie są jednak dokumentami potwierdzającymi spełnianie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 Pzp, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy. Przeciwnie, są to dokumenty przedmiotowe, *stricto* dotyczące sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (środków przy pomocy, których usługa będzie wykonywana) – stanowiące jednocześnie, jak uznała Izba w wyroku z dnia 15.01.2009 r., dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy i dlatego możliwe do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W świetle całości postanowień siwz, gdzie wyraźnie mówi się o atestach dla środków przy pomocy, których będzie wykonywane przedmiotowe zamówienie, a nie o atestach dla ogólnie używanych przez wykonawców środków potwierdzających, iż takimi środkami wykonawca potrafi się posługiwać czy ma je w swojej ofercie.

Ponadto z fakt możliwości uzupełnienia ww. dokumentów nie zmienia okoliczności, iż wskazane w ofercie środki chemiczne muszą odpowiadać siwz, tzn. posiadać atestację, potwierdzeniem czego zgodnie ze pkt. 10 rozdz. V siwz może być jedynie przedłożenie właściwych atestów.

Na ocenę powyższego nie wpływa również fakt, że zamawiający w rozdz. V siwz pomieszał dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu (np. informacje z KRK, ZUS, US... etc...) z dokumentami dotyczącymi wykonania przedmiotu zamówienia (np. oświadczenie o ponoszeniu kosztów, oświadczenie o dostarczeniu harmonogramu czy w pkt 10 siwz – kserokopii atestów i dopuszczeń dla środków użytych do realizacji przedmiotu zamówienia). Z powołanej redakcji siwz nie można wnosić, iż są to dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym dopuszczać wymianę wskazanych pierwotnie środków. Krajowa Izba Odwoławcza jeszcze raz podkreśla, iż wykonanie zamówienia przy pomocy atestowanych środków nie jest i nie może być warunkiem udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 Pzp, ale jest wymogiem odnoszącym się do sposobu wykonania zamówienia, a więc składającym się na jego przedmiot. Pomieszczenie w redakcji siwz, konkretnie w rozdz. IV, podmiotowych warunków udziału w postępowaniu ze wskazaniami w jaki sposób należy wykonać przedmiot zamówienia albo co zadeklarować w związku z jego wykonaniem, nie uprawnia do twierdzenia, iż zastosowanie środków służących do wykonania zamówienia jest warunkiem udziału w postępowaniu.

W opinii Izby treścią oferty nie jest tylko formularz ofertowy, w którym najczęściej oświadczenie woli o chęci przystąpienia do wykonania zamówienia wraz z określeniem ceny czy sposobu wykonania, zostaje wyrażone, ale na treść oferty składają się również wszystkie dokumenty doprecyzowujące i dookreślające oświadczenie woli wykonawcy. W szczególności na ofertę będzie składało się wskazanie przez wykonawcę sposobu w jaki będzie wykonywał zamówienie (tu: środków, których użyje). Nawet jeżeli wskazanie takie zostało przedstawione w szerszym zakresie niż wynikałoby to z nieprecyzyjnych postanowieniach siwz (wystarczający według zamawiającego byłby jeden środek), nie można uznać i dopuścić aby wykonawcy oferowali sposób wykonania zamówienia niezgodny z siwz (tu: użycie środków nie posiadających atestów).

Reasumując stwierdzić należy, iż jeżeli wykonawcy przedstawiają w swojej ofercie – ze względu na brak precyzyjnych wymagań zamawiającego w tym zakresie, przedstawiają w jakiegokolwiek formie – środki, które zamierzają użyć do realizacji przedmiotu zamówienia, preparaty takie należy traktować jako element oferty (oświadczenia woli wykonawcy) i oceniać zgodność oferty w tym zakresie z wymaganiami siwz. Skoro więc sam zamawiający uznaje, iż wymagał wykonania zamówienia przy pomocy środków atestowanych, a także wykazania tej atestacji już na etapie składania ofert, powinien konsekwentnie wskazać tylko takich środków oraz przedstawienie adekwatnych atestów dla wszystkich środków wykazanych pierwotnie w ofertach, egzekwować.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż prawidłowe uzupełnienie dokumentów potwierdzających atestację środków użytych do wykonania zamówienia nakazane wyrokiem

z dnia 15.01.2009 r., mogło polegać jedynie na przedstawieniu atestów dla wszystkich środków pierwotnie wykazanych w ofertach wykonawców. Natomiast w przypadku braku wymaganego siwz potwierdzenia, iż przedstawione pierwotnie w ofertach wykonawców środki chemiczne nie posiadają atestacji, oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy bez możliwości jakiegokolwiek jej modyfikacji.

W związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza również naruszenie art. 7 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się w działaniach zamawiającego naruszenia jakichkolwiek innych przepisów ustawy wskazywanych przez odwołującego.

W szczególności zamawiający nie naruszył art. 26 ust.3 Pzp – prawidłowo dokonał czynności wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów zgodnie z wyrokiem Izby.

Zamawiający nie naruszył również art. 91 ust. 1 ustawy - dokonując wyboru zgodnie z kryteriami określonymi w siwz oferty podlegającej odrzuceniu naruszony zostaje adekwatny przepis art. 89 ust. 1 ustawy, a nie art. 91 ust. 1, który ma zastosowanie w przypadku nieprawidłowego stosowania kryteriów oceny ofert w stosunku do ofert ocenianych.

Pozostałe zarzuty naruszenia przepisów wskazane w odwołaniu stanowią rozszerzenie zarzutów w stosunku do treści protestu i jako takie, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy, nie mogą być przez Izbę rozpatrywane.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Uwzględniono koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*