

Sygn. akt: KIO 590/13

**WYROK**  
z dnia 28 marca 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 marca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2013 r. przez **wykonawcę LINK2PEOPLE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Pawia 7 lok. 96** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, ul. Daleka 11**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna nr 118 i Hospital Serwis Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118** zgłaszających swój udział w postępowaniu sygn. akt KIO 590/13 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 i IZAN + spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Łodzi, ul. Przybosia 3** zgłaszających swój udział w postępowaniu sygn. akt KIO 590/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę LINK2PEOPLE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Pawia 7 lok. 96 i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr.  
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę**

**LINK2PEOPLE** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Pawia 7 lok. 96 tytułem wpisu od odwołania,  
2.2 zasądza od wykonawcy **LINK2PEOPLE** spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Pawia 7 lok. 96 na rzecz Samodzielnego Publicznego Specjalistycznego Szpitala Zachodniego im. Jana Pawła II z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, ul. Daleka 11 kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę w zakresie kompleksowego sprzątnia, transportu wewnętrznego oraz pomocy przy obsłudze pacjenta zostało wszczęte przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, ul. Daleka 11, ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2012r. za numerem 2012/S 195-321077.

W dniu 5 marca 2013r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania to jest o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna nr 118 i Hospital Serwis Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 i IZAN + spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Łodzi, ul. Przybosia 3 oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) oferty Link2people Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Pawia 7/96. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, że w wyroku KIO z dnia 08.02.2013 r., sygn. akt 115/13, potwierdzono, iż oferta wykonawcy zawiera braki w zakresie nieprawidłowego wypełnienia przez wykonawcę „Planu pracy oraz ilości osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza)”, poprzez nie uwzględnienie w ofercie „krotności”, tj. ilości dni w tygodniu świadczenia usługi – 5, 6 czy 7 dni oraz braki w zakresie braku zaoferowania mydła w płynie do dozowników Dermados – Ecolab. Izba nakazała zamawiającemu ocenę, czy powyższe braki skutkują odrzuceniem oferty czy zastosowaniem art. 26 ust 3 i 4 ustawy. Zamawiający wykonując powyższy wyrok, w wyniku ponownej oceny oferty wykonawcy stwierdził, iż następujące załączniki do oferty: „Plan pracy oraz ilości osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza)” oraz braki w zakresie braku zaoferowania mydła w płynie do dozowników Dermados – Ecolab nie stanowią dokumentów, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu albo które potwierdzają, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Tym samym wobec stwierdzonych błędów w ofercie wykonawcy – brak jest podstaw do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów poprzez zastosowanie przepisu art. 26 ust 3 ustawy w

związku z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Wskazane w orzeczeniu KIO braki dotyczą niezgodności treści merytorycznej oferty złożonej przez wykonawcę z wymaganiami siwz. Tym samym zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, jako że stwierdzone w wyroku braki nie są także innymi omyłkami, których poprawienie byłoby możliwe na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy.

W dniu 15 marca 2013r. Link2people Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Pawia 7/96 – zwany dalej odwołującym, wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wezwania do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Konsorcjum Impel Cleaning i Konsorcjum Spółdzielni Inwalidów Naprzód oraz odwołującego, zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści ofert Konsorcjum Impel Cleaning i Konsorcjum Spółdzielni Inwalidów Naprzód oraz odwołującego, zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Impel Cleaning i Konsorcjum Spółdzielni Inwalidów Naprzód, oraz zaniechanie unieważnienia postępowania.

Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 15 marca 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia planu pracy oraz ilości osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza) i/lub planu higieny wykonawców Link2People Sp. ZO.O., Konsorcjum Impel Cleaning Sp. ZO.O. Hospital Serwis Partner Sp. ZO.O. S.K., Konsorcjum SI Naprzód IZAN + Sp. ZO.O.; ewentualnie naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt.3 ) poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia planu pracy oraz ilości osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza) i/lub planu higieny wykonawców Link2People Sp. ZO.O., Konsorcjum Impel Cleaning Sp. ZO.O. Hospital Serwis Partner Sp. ZO.O. S.K., Konsorcjum SI Naprzód IZAN + Sp. ZO.O

3) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej z ostrożności procesowej;

4) art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Impel Cleaning Sp. ZO.O. Hospital Serwis Partner Sp. ZO.O. S.K., Konsorcjum SI Naprzód IZAN +Sp. ZO.O.

5)art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wskutek braku modyfikacji SIWZ - niezgodny z prawem zapis SIWZ dotyczący zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 (str. 6 SIWZ - dotyczy plany higieny i planu pracy) i zastosowanie tego zapisu SIWZ wobec SI Naprzód a wobec innych wykonawców brak zastosowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 , co skutkuje niemożnością dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem dyspozycji art. 7 ust. 1 i 3 .

Wniósł o:

1.nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Impel Cleaning Sp. ZO.O. Hospital Serwis Partner Sp. ZO.O. S.K.

2. nakazanie zamawiającemu wezwania do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 i 4 planu pracy oraz ilości osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza) i/lub planu higieny wykonawców Link2People Sp. ZO.O., Konsorcjum Impel Cleaning Sp. ZO.O. Hospital Serwis Partner Sp. ZO.O. S.K., Konsorcjum SI Naprzód IZAN + Sp. ZO.O.; ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy ( z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt.3 ) planu pracy oraz ilości osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza) i/lub planu higieny wykonawców Link2People Sp. ZO.O., Konsorcjum Impel Cleaning Sp. ZO.O. Hospital Serwis Partner Sp. ZO.O. S.K., Konsorcjum SI Naprzód IZAN + Sp. ZO.O

3.nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób zgodny z przepisami .

Z ostrożności procesowej:

4.nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Impel Cleaning Sp. ZO.O. Hospital Serwis Partner Sp. ZO.O. S.K., Konsorcjum SI Naprzód IZAN + Sp. ZO.O.

5.nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust.1 pkt.7

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowego działania zamawiającego utracił szansę na uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z zamawiającym (oferta odwołującego jest ofertą najtańszą spośród wszystkich złożonych ofert). Naruszenie interesu odwołującego polega na oczywistej i bezpośredniej możliwości poniesienia szkody w związku ze sprzecznym z czynnościami i zaniechaniami czynności zamawiającego oraz wyborem oferty Konsorcjum Impel Cleaning Sp. ZO.O. Hospital Serwis Partner Sp. ZO.O. S.K. jako najkorzystniejszej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania.

W uzasadnieniu podniósł w zakresie naruszenia przepisu art.7 ust. 1 i 3 ustawy, że postanowienia siwz należy interpretować literalnie i powołał na tę okoliczność wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 1774/10 z 31.08.2010 r. Podał, że na stronie 6 siwz zamawiający zawarł zapis wskazujący, że art. 26 ust. 3 i 4 będzie miał zastosowanie wobec planu higieny i planu pracy. Postanowienie to nie zostało przez zamawiającego zmodyfikowane. Nie było także kwestionowane przez żadnego z wykonawców, w tym podczas rozprawy sygn. akt KIO 115/13 (dotyczącej przedmiotowego postępowania), co Izba potwierdziła w uzasadnieniu wyroku (ostatnia strona uzasadnienia).

W dniu 10.12.2012 r. zamawiający opierając się na w/w zapisie SIWZ wezwał wykonawcę SI Naprzód do uzupełnienia planu pracy (uzupełnienie o godziny) w trybie art. 26 ust.3 . Wykonawca SI Naprzód w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił plan pracy uzupełniony o godziny, które wykazują obsadę pracowników. Wobec odwołującego zamawiający nie zastosował procedury z art. 26 ust. 3 (dotyczy planu pracy i planu higieny) lecz postąpił zgoła odmiennie - od razu odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2. Odwołujący podkreślił, że Izba w orzeczeniu sygn. akt KIO 115/13 nie uwzględniła żądania odwołującego (Impel Cleaning) - odrzucenie oferty odwołującego. Nakazała zamawiającemu dokonania oceny, czy braki w ofercie odwołującego skutkują zastosowaniem art. 26 ust. 3 i 4 (co wcześniej zamawiający uczynił wobec SI Naprzód w identycznej sytuacji), czy też skutkują odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy (zamawiający nie zastosował wezwania w trybie art. 87 ust.1 wobec odwołującego od razu odrzucając ofertę- dotyczy treści planu higieny i planu pracy - tym samym nie mógł stwierdzić czy braki w ofercie mają charakter nieusuwalny).

Odwołujący zauważył, że w dniu 10.12.2012 r. zamawiający wezwał SI Naprzód do złożenia wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 co do treści planu higieny - SI Naprzód stosowne wyjaśnienia złożyła.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art.26 ust. 3 i 4 ustawy ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt.3 ) odwołujący ponownie wskazał, że zamawiający w SIWZ wprost dopuścił możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 wobec planu higieny i planu pracy - str. 6 siwz. Zamawiający poprzez takie zapisy SIWZ nadał w/w dokumentom określony, konkretny status i zakwalifikował plan higieny i plan pracy jako dokumenty przedmiotowe potwierdzające, że oferowana usługa spełnia wymagania zamawiającego określone w siwz a takowe podlegają dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4. Gdyby zamawiający miał inny zamiar, potraktowałby plan higieny i plan pracy jako treść oferty nie podlegającą dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 - zawarłby stosowne zapisy w siwz. Skoro zamawiający w/w dokumenty na etapie siwz zakwalifikował w określony sposób (dokumenty

przedmiotowe - art. 25 ust.1 pkt.2 ), to nie może zmienić ich charakteru po złożeniu ofert i stwierdzić, że nie podlegają uzupełnieniu. Treść planu pracy i planu higieny także przesądza o tym, że w/w dokumenty mają potwierdzić, że oferowana usługa spełnia wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Tym samym zamawiający zobowiązany był do wezwania odwołującego do uzupełnienia/wyjaśnienia planu higieny i planu pracy w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 . (zamawiający zaniechał tych czynności).

Zamawiający w pkt. 16 str. 5 siwz wymagał przedłożenia planu pracy i ilości osób (dobowa obsada pracownicza) na poszczególnych odcinkach - według wzoru z załącznika nr 3 do SIWZ. Załącznik nr 3 zawiera tabelę wskazującą 14 odcinków szpitala (należy zauważyć, że nie są to wszystkie odcinki szpitala wymienione w SIWZ). Zamawiający dopuścił możliwość modyfikowania tabeli (wzoru - str. 12 SIWZ) pod względem graficznym - czyli powiększenia treści tabeli o dodatkowe odcinki ponad wskazane 14 - ście (co do takiej konieczności zarówno Odwołujący Impel jak i zamawiający byli zgodni podczas rozprawy – sygn. akt KIO 115/13). Każdy z wykonawców skorzystał z tego zapisu i w swoim planie pracy przedstawił większą liczbę odcinków niż wskazanych 14-ście (w taki sposób aby wskazać wszystkie odcinki i tym samym potwierdzić, że oferowana usługa odpowiada wymaganiom zamawiającego). Odwołujący przedstawił 75 odcinków + nadzór (ujmując tym samym wszystkie odcinki szpitala podlegające przedmiotowej usłudze), Impel wskazał 22 odcinki ( nie ujmując tym samym wszystkich odcinków podlegających przedmiotowej usłudze), SI Naprzód wskazał 49 odcinków ( nie ujmując tym samym wszystkich odcinków podlegających przedmiotowej usłudze). Zarówno Impel jak i SI Naprzód nie wskazały wszystkich odcinków szpitala - tym samym plany pracy tych wykonawców obarczone są błędem. Zamawiający, zdaniem odwołującego, winien wezwać Impel oraz SI Naprzód do uzupełnienia bądź wyjaśnienia planu pracy w trybie art. 26 ust. 3 lub 4. Nie do zaakceptowania, w ocenie odwołującego, jest sytuacja, w której wymagany przez zamawiającego dokument przedmiotowy (plan pracy), jest diametralnie różny w ofercie każdego z w/w wykonawców (nie potwierdza, że zaoferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego) - a zamawiający domniemuje (zaniechując wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4), że takie dokumenty (o różnej treści) potwierdzają, że zaoferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Zamawiający w pkt. 13 SIWZ - str. 5 wymagał przedłożenia wraz z planem higieny wykazu preparatów i środków, którymi wykonawcy będą wykonywali usługę. Przedstawione środki winny gwarantować wykonanie usługi w sposób właściwy, tzn. konkretny środek winien być zastosowany do powierzchni, do jakiej jest przeznaczony przez producenta (i w sposób zgodny z zaleceniami producenta).

SI Naprzód w wyjaśnieniach z dnia 12.12 2012 r. wskazał, że zastosuje preparat Click do mycia powierzchni lodówek, podczas gdy ten preparat zgodnie z załączoną do oferty kartą charakterystyki służy do mycia naczyń, patelni, talerzy, sztućców i innych przyborów

kuchennych. Tym samym SI Naprzód nie będzie mogła prawidłowo wykonać usługi (mycie powierzchni lodówek).

W odpowiedzi na pytanie 8 i 9 z dnia 24.10.2012 r. zamawiający wskazał, że posiada wykładziny antyelektrostatyczne wymagające konserwacji. Nie można konserwować wykładzin antyelektrostatycznych (jak i każdych innych) bez umycia tychże - notoria. Wykładziny antyelektrostatyczne są szczególnym rodzajem wykładzin i wymagają specjalistycznych preparatów. Zarówno Impel jak SI Naprzód nie przedłożyli w ofercie preparatów do mycia i konserwacji wykładzin antyelektrostatycznych - tym samym nie będą mogli wykonać tej czynności na podstawie złożonych ofert. Wobec tego zamawiający, zdaniem odwołującego, zobowiązany jest do wezwania w/w wykonawców do uzupełnień bądź wyjaśnień planu higieny w trybie art. 26 ust.3 bądź 4 ustawy, ponieważ przedłożone przez w/w wykonawców plany higieny nie potwierdzają, że zaoferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

W przypadku nie przychylenia się Izby do powyższej argumentacji odwołujący podniósł, że zamawiający jest zobowiązany do wezwania w/w wykonawców (w tym odwołującego w zakresie uchybień w planie pracy i planie higieny stwierdzonych w wyroku sygn. akt KIO 115/13) do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt.3 ustawy) celem wyjaśnienia treści ofert. Zamawiający nigdy nie może domniemywać treści oferty, powinien wyjaśnić wszelkie nieścisłości i stwierdzić czy braki mają charakter nieusuwalny (rozważyć możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt.3 ustawy, zanim zastosuje art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy). Należy zauważyć, że w dniu 10.12.2012 r. Zamawiający wezwał SI Naprzód do złożenia wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 co do treści planu higieny - SI Naprzód stosowne wyjaśnienia złożył. Na potwierdzenie słuszności swego stanowiska odwołujący powołał wyroki Izby sygn. akt : KIO 1223/10 z 05.07.2010 r., KIO/UZP 2145/10 z 13.10.2010r., KIO/UZP 2145/10 z dnia 13.10.2010 r., KIO/UZP 1973/10 z 24.09.2010r.

W zakresie naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy odwołujący podniósł, że zamawiający dokonując w/w czynności i zaniechania czynności Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem dyspozycji art. 91 ust.1 przez co wypaczył wynik postępowania.

Co do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy odwołujący wskazał, że w przypadku nie przychylenia się Izby do w/w zarzutów, tj. stwierdzenia, że plan higieny i plan pracy (w obliczu zapisów przedmiotowej SIWZ) nie podlegają dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 oraz stwierdzenia, że zamawiający nie jest zobligowany do wezwania wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt.3 ) należy stwierdzić, że wykazane powyżej błędy w planie higieny i planie pracy wykonawców SI Naprzód oraz Impel przesądzają o niezgodności treści oferty treścią SIWZ. Są to uchybienia merytoryczne, nie warunkujące wykonania usługi w sposób wymagany przez zamawiającego.



Odnośnie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy odwołujący podniósł, że w przypadku nie przychylenia się Izby do w/w zarzutów, zamawiający w SIWZ wprost dopuścił możliwość uzupełnienia/wyjaśnienia planu higieny i planu pracy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Tę procedurę zastosował wobec SI Naprzód - wezwanie z dnia 10.12.2012 r. - wezwanie do uzupełnienia planu pracy. W trakcie procedowania postępowania zamawiający stwierdził, że w/w dokumenty nie podlegają uzupełnieniu (w sposób nieuprawniony, tj. sprzeczny z siwz zmienił swój sposób postępowania) i odrzucił ofertę odwołującego. Dualizm postępowania zamawiającego powoduje, że w przedmiotowym postępowaniu nie ma możliwości wyłonienia oferty najkorzystniejszej z zachowaniem podstawowej zasady z art. 7 ust. 1 i 3 . W związku z tym nie ma możliwości udzielenia zamówienia w sposób zgodny z przepisami i duchem ustawy. Zapisów SIWZ nie można już zmodyfikować (jest po otwarciu ofert), pewne czynności zostały już przez zamawiającego dokonane i możliwość ich zaskarżenia minęła. Udzielenie komukolwiek przedmiotowego zamówienia będzie wypełniać dyspozycje przepisów o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Tym samym postępowanie obciążone jest wadą z art. 93 ust.1 pkt.7 ustawy.

W dniu 18 marca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18 marca 2013r. drogą elektroniczną do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna nr 118 i Hospital Serwis Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, gdyż odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika konsorcjum podpisem cyfrowym weryfikowalnym za pomocą ważnego certyfikatu w dacie złożenia podpisu. Pełnomocnik na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 listopada 2012r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego za każdego z wykonawców przez członków zarządu upoważnionych do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisami z KRS załączonymi do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 18 marca 2013r., na dowód czego załączono potwierdzenia otrzymania faksu.

W dniu 20 marca 2013r. drogą elektroniczną do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z siedzibą w Krakowie, ul.

Żabiniec 46 i IZAN + spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Łodzi, ul. Przybosia 3 wnosząc o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie. Wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż w ich interesie jest prawidłowe rozstrzygnięcie postępowania oraz oddalenie odwołania będzie oznaczało nierówne traktowanie wykonawców. Wskazał, że odwołanie podlega odrzuceniu jako spóźnione, gdyż odwołujący powziął wiadomość o wezwaniu zgłaszającego przystąpienie do wyjaśnień w dniu 9 stycznia 2013r., a tym samym termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 19 stycznia 2013r. Podniósł także, iż składając wyjaśnienia wyjaśnił, że dokument będący przedmiotem wezwania znajduje się w ofercie, i że jest to dokument, który nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, co w ocenie zgłaszającego przemawia także za oddaleniem odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym w okresie ważności certyfikatu przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 marca 2013r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez prezesa zarządu lidera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 12 listopada 2012r. podpisanego przez prezesa zarządu partnera, zgodnie z zasadami reprezentacji partnera ujawnionymi w KRS załączonym do zgłoszenia. Pełnomocnictwo konsorcjalne upoważniało lidera do udzielania dalszych pełnomocnictw. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 20 marca 2013r.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyjaśnień treści siwz z dnia 24 października 2012r., 30 października 2012r. i 8 listopada 2012r., ofert : odwołującego, Konsorcjum Impel Cleaning i Konsorcjum SI Naprzód, wezwań do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów oraz wyjaśnień kierowanych do tych wykonawców, informacji o wyniku postępowania z 8 stycznia 2013r., informacji o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2013r., informacji o wyniku postępowania z dnia 5 marca 2013r.

Izba ustaliła, że w dniu 8 stycznia 2013r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego i nie wykluczył żadnego wykonawcy, ani nie odrzucił żadnej oferty. W rankingu ofert wykonawcy Konsorcjum Impel Cleaning zajął 4 miejsce, a Konsorcjum SI Naprzód zajął 5 miejsce.

Na tę czynność odwołanie wniosło Konsorcjum Impel Cleaning. Konsorcjum SI Naprzód zgłosiło swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie Konsorcjum Impel Cleaning, a odwołujący przystąpił po stronie zamawiającego.

W ramach postępowania odwoławczego w spornym obecnie zakresie Konsorcjum Impel Cleaning zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp: 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Link2People Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie; jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej „SIWZ”; 3) art. 91 ust. 1 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Wniósł o:

1) uchylenie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Link2People Sp. z o.o.;

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Link2People Sp. z o.o. gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

4) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

Konsorcjum Impel Clening podniosło, że oferta wykonawcy Link2People Sp. z o.o. nie odpowiada SIWZ w następujących zakresach:

1) niezgodności treści planu pracy z treścią żadaną przez zamawiającego.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą „Plan pracy oraz ilość osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza)”, którego wzór stanowił Załącznik nr 3 do Instrukcji dla Wykonawcy. (Rozdz. 3 pkt 3.1 ppkt 16 str. 5 SIWZ). Załącznik nr 3 zawiera dwie tabele, które ilustrują minimalne wymogi zamawiającego, co do treści ww. planu pracy. Zamawiający wśród przedmiotowych minimalnych wymogów, co do treści wskazał, że żąda informacji o ilości dni, w których wykonywana będzie usługa. Plan pracy sporządzony przez Link2People Sp. z o.o. w dobowej obsadzie pracowniczej nie uwzględnia krotności (ilości dni wykonywania w tygodniu np.: 5 dni, 7 dni) usługi. Obowiązek wskazania przywołanej informacji wynika z treści tabeli drugiej kolumny trzeciej Załącznika nr 3 do SIWZ,

2) oferta wykonawcy Link2people nie zawiera informacji o wszystkich preparatach i środkach niezbędnych do prawidłowego wykonania czynności składających się na zakres przedmiotu zamówienia. Wykonawca w ramach prawidłowego wykonania przedmiotu usługi stanowiącej przedmiot zamówienia zobowiązany jest myć i konserwować skórzane fotele. Zamawiający w wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 24 października 2012 r. (odpowiedź na pytanie nr 6)

wskazał sposób i nazwę środków, które wykonawca zobowiązany jest używać do ww. czynności porządkowych. Link2People Sp. z o.o. w złożonej przez siebie ofercie w ogóle nie zawarł informacji o preparacie lub środkach, których będzie używał do mycia i konserwacji mebli skórzanych. Wykonawca nie określił również w ofercie, jakich środków zamierza używać do mycia oraz konserwacji posadzek przewodzących. Zamawiający w wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 24 października 2012 r. wskazał, że wykonawca realizujący zamówienie zobowiązany będzie konserwować wszystkie rodzaje podłóg znajdujące się w Szpitalu, tj. posadzki Tarbett Optima, wykładziny antyelektrostatyczne, gresy oraz terakotę (odpowiedź na pyt. nr 8 i 9). Tym samym oferta wykonawcy Link2People Sp. z o.o. nie zawiera oświadczenia o sposobie wykonania przedmiotowego świadczenia, w konsekwencji czego treść tejże oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Ponadto, wykonawca wbrew wyjaśnieniom zamawiającego dotyczących SIWZ z dnia 24 października 2012 r. (odpowiedź na pytanie nr 5) nie zaoferował do dozowników Dermados - Ecolab mydła, ale płyn myjący. Zgodnie z przywołanym wyjaśnieniem zamawiający wymagał, aby wykonawcy w wykazie środków podali nazwę mydła do wskazanych dozowników. Wykonawca Link2People Sp. z o.o. w ofercie podał środek Manisoft, który jest płynem myjącym nieposiadającym w swoim składzie mydła.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne Konsorcjum Impel Cleaning stwierdziło, że Link2people nie złożył oferty odpowiadającej treści SIWZ. Zarówno Plan pracy jak również oświadczenie dotyczące sposobu realizacji zamówienia, środków i preparatów, które będą wykorzystywane przy jego realizacji potwierdzają, że przyjęta metodyka pracy jest niespójna i znacznie odbiega od potrzeb i wymagań opisanych w dokumentacji postępowania. Konsorcjum Impel Cleaning podniosło, że zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp, zamawiający, na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2, odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy

Odnosnie oferty wykonawcy Link2People Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Izba wydając wyrok w sprawie sygn. akt KIO 115/13 z dnia 8 lutego 2013r. uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Link2People oraz uwzględnienie skutków tej oceny w rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia. Uzasadniając powody uwzględnienia odwołania wskazała, że potwierdził się zarzut dotyczący „Planu pracy oraz ilości osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza)” przez nie uwzględnienie w ofercie „krotności”, tj. ilości dni w tygodniu świadczenia usługi - 5, 6 czy 7 dni.

W rozdziale I SIWZ pkt 3.1 ppkt 16 (str. 5) zamawiający wymagał, by wykonawcy złożyli wraz ofertą „Plan pracy oraz ilość osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach

(dobowa obsada pracownicza)"- stanowiący załącznik Nr 3 do Instrukcji dla Wykonawcy. Załącznik nr 3 - „Wzór” - składa się z dwóch tabel: pierwsza - „Dobowa obsada pracownicza”, zawierająca kolumny: Lp., Komórka, Sprzątanie, Obsługa przy pacjencie, Transport. Pod tabelą została zamieszczona treść: „Powyższa tabela może posiadać inny układ graficzny”. Druga tabela zamieszczona w następnej kolejności została oznaczona opisem: „Uwaga: minimalna dobowa obsada pracownicza na oddziałach”. W tej tabeli w trzeciej kolumnie podano opis „Ilość dni w tyg.”, a wierszach tabeli Lp. 1-14 podano 5, 6, 7, jako ilość dni świadczenia usługi w tygodniu.

W informacjach ogólnych SIWZ (str. 1) pkt 2 zamawiający zamieścił opis „2. Załączniki do Rozdziału I powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę bez wyjątku i ściśle według warunków i postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez dokonywania w nich zmian przez Wykonawcę. Załączniki dołączone do w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedstawione są w formie wzoru graficznego. Wykonawca może przedstawić załączniki wg własnego układu graficznego, lecz muszą one zawierać wszystkie zapisy i informacje ujęte we wzorach. W przypadku, gdy jakkolwiek część powyższych dokumentów nie dotyczy Wykonawcy, wpisuje on „nie dotyczy”.”

W ofercie przystępującego na str. 6-8 została zamieszczona tabela „Dobowa obsada pracownicza”, załącznik Nr 3, w której nie podano ilości dni pracy w tygodniu. Kolumny „Sprzątanie”, „Obsługa przy pacjencie i transport” oraz „Transport” wskazują ilość etatów wykorzystanych do tych czynności, natomiast brak jest wskazania ilości dni świadczenia usługi w tygodniu.

W świetle wymagań zamawiającego - wzór załącznika nr 3 oraz zastrzeżenie zamieszczone w pkt 2 str.1 SIWZ, że załączniki sporządzone przez wykonawcę muszą zawierać wszystkie „zapisy i informacje ujęte we wzorach” tabelaryczny opis przedstawiony w ofercie przystępującego, nie jest zgodny z opisem zamieszczonym w SIWZ. Wobec jednoznacznego opisu zawartego w SIWZ, Izba nie uwzględniła wyjaśnień przystępującego, że zamawiający nie wymagał krotności w dobowej obsadzie pracowniczej, tj. wskazania ilości dni wykonywania usługi w tygodniu, gdyż wymóg zamieszczony w SIWZ (Rozdział I pkt 3.1 ppkt 16) dotyczył tylko ilości osób wskazanych na poszczególnych odcinkach. Nie uwzględniła również twierdzenia, że na podstawie opisu zamieszczonego w pkt 9, str. 19 SIWZ (Rozdział II, „Instrukcja dot. organizacji pracy”, „Rozwiązania organizacyjne wynikające z wzajemnej współpracy”, „Obsada etatowa w poszczególnych komórkach szpitala oraz ewentualne zmiany podlegają uzgodnieniom z właściwymi pracownikami szpitala”), wykonawca został zwolniony z obowiązku właściwego sporządzenia załącznika nr 3 na etapie składania ofert. Sposób przedstawienia załącznika nr 3 wynikający z postanowień SIWZ, dotyczył wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odpowiedź na pytanie nr 15 z dnia 30 października 2012 r. (potwierdzenie

wymogu minimalnej obsady pracowników na oddziałach z możliwością przesuwania do innych komórek organizacyjnych, pod warunkiem wykonania pracy we wszystkich komórkach na bieżąco) nie wprowadziła żadnej zmiany w zakresie załącznika nr 3. Izba nie uznała również, że szczególne wymaganie dotyczące przedstawienia ilości dni świadczenia usługi w tygodniu, można zastąpić „akceptacją” warunków zawartych w SIWZ, ogólnych i szczegółowych warunków umowy oraz potwierdzeniem zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami SIWZ i obowiązującymi przepisami - załącznik nr 1 „Oferta” pkt B.3 i 4, str. 2 i 3 oferty.

Zatem, zarzut braku podania w załączniku nr 3 ilości dni świadczenia usługi w tygodniu, został, w ocenie Izby, udowodniony.

2. i 3. Środki do mycia i konserwowania skórzanych foteli oraz do mycia i konserwacji posadzek przewodzących.

W rozdziale I SIWZ pkt 3.1 ppkt 13 (str. 5) zamawiający wymagał, by wykonawcy złożyli wraz ofertą „Plan higieny, w tym wykaz preparatów i środków, którymi oferent będzie wykonywał usługę - Zamawiający wymaga dołączenia do oferty ulotek informacyjnych oferowanych preparatów”. W odpowiedzi z dnia 24 października 2012 r., na pytanie nr 6 dotyczące SIWZ o wskazanie preparatów, jakich wymaga zamawiający do mycia i konserwacji skórzanych foteli, zamawiający wyjaśnił, że pierwszym etapem jest wyczyszczenie tapicerki płynem Leather Ultra Clean. Drugim etapem jest impregnacja i odżywienie skóry preparatem Leather Protection Cream. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 8, jakiego rodzaju podłogi występują u zamawiającego, zamawiający odpowiedział: posadzki Tarbett Optima, wykładziny antyelektrostatyczne, gresy, terakota. W odpowiedzi na pytanie nr 9, jakie rodzaje podłóg wymagają konserwacji ze strony wykonawcy, zamawiający odpowiedział, że wszystkie.

W ofercie przystępującego (str. 84) przedstawiono „Wykaz preparatów myjących i czyszczących” i w pozycjach 1-11 tego wykazu nie wymieniono preparatów do czyszczenia tapicerki płynem Leather Ultra Clean oraz impregnacji i odżywienia skóry preparatem Leather Protection Cream, wskazanych przez zamawiającego. Preparaty te wymieniono w części: Plan higieny, plan pracy, wykaz sprzętu, str. 76 oferty, czwarty wiersz od góry - Fotele skórzane (przy opisie przedmiotów objętych konserwacją), wskazując zastosowanie środków takich, jak opisane przez zamawiającego (część oferty objęta tajemnicą przedsiębiorstwa).

Żądanie przedstawienia wykazu preparatów i środków, jakimi wykonawca będzie wykonywał usługę, wynika z Rozdziału I pkt 3.1 ppkt 13 (str. 5 SIWZ). Zamawiający określił rodzaje podłóg w szpitalu - posadzki Tarbett Optima, wykładziny antyelektrostatyczne,

gresy i terakota oraz, że wszystkie wymagają konserwacji ze strony wykonawcy. Na str. 84 oferty zamieszczono wykaz preparatów myjących i czyszczących (poz.1-11). W poz. 2 został zamieszczony „Preparat do mycia podłóg zabezpieczonych powłokami - Taski Jontec 300” i w poz. 8 preparat „Powłoka polimerowa - Taski Jontec Eternum”. Z oświadczenia T..... L..... z Diversey Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 28.01.2013 r., złożonego przez przystępującego na rozprawie wynika, że środek Taski Jontec 300 może być stosowany do mycia, a środek Taski Jontec Eternum do konserwacji - posadzek Tarbett Optima, wykładzin antyelektrostatycznych, gresów, terakoty.

Na podstawie powyższego Izba uznała, że te dwa zarzuty odwołującego nie zostały udowodnione. Zamawiający w odpowiedziach na pytania wskazał jedynie rodzaje podłóg oraz konieczność konserwacji wszystkich podłóg. Przedstawione w ofercie, w wykazie preparatów myjących i czyszczących, środki do mycia i konserwacji rodzajów podłóg opisanych przez zamawiającego, zostały potwierdzone, jako odpowiadające wymaganiom. Odwołujący, poza wnioskiem o nieuwzględnienie oświadczenia firmy Diversey z tego powodu, że zostało podpisane przez przedstawiciela handlowego, a nie technologa, nie podważył środków i preparatów opisanych w ofercie, jako właściwych. W odwołaniu nie podniósł zarzutu braku ulotek informacyjnych oferowanych produktów, o czym stanowi pkt 3.1 ppkt 13 Rozdziału I SIWZ, odwołując się do tych okoliczności na rozprawie.

#### 4. Brak zaoferowania mydła w płynie do dozowników Dermados - Ecolab.

Na str. 20 SIWZ- Rozdział II, Załącznik Nr 1 „Informacja dot. organizacji pracy”, „Wykaz asortymentu pozostającego w kosztach firmy”, w pozycji 3 podano „mydło w płynie”, w poz. 5 „środek myjący do rąk”. W odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 24 października 2012 r., jakiego producenta dozowniki na mydło w opakowaniach jednorazowych posiada zamawiający, zamawiający podał: Dermados - Ecolab. Na pytanie nr 8 z 30 października 2012 r., co zamawiający ma na myśli pisząc środek myjący do rąk? Czy za środek myjący uzna mydło czy np.: emulsję myjącą np. Manisoft, albo preparat myjąco - dezynfekcyjny, np.: SkinmanScrub?; zamawiający odpowiedział: emulsja myjąca.

W ocenie Izby, zamawiający przewidział na str. 20 SIWZ w wykazie asortymentu pozostającego w kosztach firmy, odrębnie mydło w płynie (poz. 3) i odrębnie środek myjący do rąk (poz.5). Odpowiedzi zamawiającego, na które powołali się odwołujący i przystępujący, dotyczyły odpowiednio - pytanie nr 5 z dnia 24 października 2012 r. - dozowników na mydło w opakowaniach jednorazowych; odpowiedź - Dermados - Ecolab; pytanie nr 8 z 30 października 2012 r. - emulsji myjącej jako środka myjącego do rąk. W tym pytaniu emulsja myjąca np. Manisoft została wymieniona, jako środek myjący do rąk.

Przystępujący podał w ofercie na str. 83 w poz. 27 emulsję do mycia rąk - środek (...) nie zawierający mydła preparat myjący Manisoft (...). Na str. 84 oferty, w poz. 7 podał też emulsję do mycia rąk i ciała - Sensiva, Manisoft.

Przystępujący złożył na rozprawie informację Ecolab Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z dnia 29-01-2013 r. podpisaną przez A..... K..... i A..... R....., skierowaną do użytkowników dozowników Dermados i preparatu Manisoft, z której wynika, że środek Manisoft jest preparatem myjącym. W opisie preparatu podano m.in., że środek ten posiada szersze spektrum działania niż preparaty zawierające mydło. Przystępujący złożył również dwukartkową ulotkę firmy Ecolab dotyczącą Manisoft wraz z kartą charakterystyki preparatu chemicznego Manisoft (5 stron). W ulotce zamieszczono informację, że Manisoft jest środkiem do chirurgicznego i higienicznego mycia rąk, natomiast w karcie charakterystyki, że jest to płyn do mycia rąk.

Na podstawie powyższego Izba miała na uwadze, że celem rozpoznania zarzutu nie jest ustalenie, na podstawie opisów złożonych na rozprawie, czy zaoferowane preparaty są w istocie mydłem w płynie, czy środkiem myjącym do rąk. Istotą oceny zarzutu stanowi ustalenie, czy oferta w tym zakresie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający, jak już wskazano, wyodrębnił pozycję - mydło w płynie i pozycję - środek myjący do rąk. Przywoływane odpowiedzi zamawiającego na pytania nie dotyczą mydła w płynie. Przystępujący zaoferował w dwóch punktach oferty wskazanych na rozprawie - str. 83 poz. 27 emulsję do mycia rąk - Manisoft oraz na str. 84 w poz. 7 - emulsję do mycia rąk i ciała - Sensiva, Manisoft. Nie zaoferował więc mydła w płynie.

Izba uznała zarzut ten za udowodniony.

W związku z potwierdzeniem dwóch z czterech zarzutów wobec wybranej oferty, przedstawionych w odwołaniu, Izba uwzględniła odwołanie orzekając jak w sentencji. Nakazanie zamawiającemu czynności badania i oceny oferty przystępującego wynika z opisu zamieszczonego w SIWZ dotyczącego oceny wymaganych dokumentów i oświadczeń (str. 5-6 SIWZ) - Rozdział I pkt 3.1, do których zamawiający zaliczył w ppkt 13 i 16: „Plan higieny, w tym wykaz preparatów i środków, którymi oferent będzie wykonywał usługę - Zamawiający wymaga dołączenia do oferty ulotek informacyjnych oferowanych preparatów” i „Plan pracy oraz ilość osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza) - stanowiący załącznik Nr 3 do Instrukcji dla Wykonawcy”. W niekwestionowanym przez wykonawców opisie zamieszczonym w SIWZ, zamawiający zastrzegł, że: „W przypadku stwierdzenia braku dokumentów wymienionych pkt 11-17 Zamawiający ofertę odrzuci. Przepis art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy stosuje się (nie dotyczy pkt 11 i 12). Ponadto Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty zajdzie, co najmniej jedna z przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 Ustawy”.



Wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba nie uzyskała na rozprawie merytorycznego stanowiska zamawiającego w tej sprawie.

Zatem, zamawiający, wykonując wyrok, zobowiązany był ocenić, czy wykazane przez odwołującego braki w ofercie przystępującego - „krotności świadczenia usługi w tygodniu” oraz wyszczególnienia „mydła w płynie”, stanowią braki dokumentów, o których mowa w pkt 13 i 16 opisanej części SIWZ, skutkujące odrzuceniem oferty, czy zastosowaniem art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ze względu na treść przepisu (...) „z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”, może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy niezgodność oferty z SIWZ, nie stanowi innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

W dniu 5 marca 2013r. zamawiający wykonał wyrok Izby i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Konsorcjum Impel Cleaning, oraz odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ofertę Link2people.

W ofercie Konsorcjum Impel Cleaning Izba stwierdziła, że

- str. 70-72 znajduje się wykaz preparatów i środków, gdzie w poz. 5 wskazano Indur Classic neutralny preparat do czyszczenia wszystkich wodoodpornych podłóg zwłaszcza błyszczących i powlekanych (ulotka str. 201), w poz. 9 wskazano Gloss Xpress neutralny preparat przeznaczony do mycia i konserwacji wszystkich posadzek wodoodpornych (ulotka str. 205), w poz. 13 wskazano Tuklar Medical powłokę do powlekania, gdzie jako przeznaczenie wskazano powłokę do powlekania posadzek w szpitalach oraz możliwość stosowania na wszystkich posadzkach wodoodpornych, a także przewodzących ładunki elektryczne (ulotka str. 208), w poz. 14 Bendurol forte uniwersalny preparat do gruntownego czyszczenia podłóg (ulotka str. 209), w poz. 15 Libero uniwersalny środek do wielu zastosowań, certyfikowany do stosowania na podłogach i stropach ESD z wymaganiami elektrostatycznymi polecany również do prania wykładzin z zastosowaniem szorowarki z bonetem, stosowany w koncentracji (ulotka str. 210). Preparaty te wskazano do mycia podłóg na str. 73, 80, 85, 91, 94, 102, 105, 110, 115, 116. Dobowa obsada pracownicza znajduje się w ofercie Konsorcjum Impel na str. 228-230 i zawiera wykaz 22 oddziałów i oraz załącznik nr 3 zgodny w swej treści z treścią załącznika nr 3 załączonego do siwz.

W ofercie Konsorcjum SI Naprzód znajduje się w części tajnej do mycia podłóg na str. 196, 201, 202, 204, 206, 210 wskazano preparaty Tawip (ulotka str. 61 część jawna – nadaje się na wszystkie typy wykładzin podłogowych (linoleum, PCW, guma, posadzki z naturalnego i sztucznego kamienia, lakierowane drewno), Vionet (ulotka str. 62 część jawna – nadaje się do codziennej pielęgnacji wodoodpornych powierzchni i podłóg oraz do zabezpieczonych (zaolejonych lub nawoskowanych podłóg z drewna) i SR13, dla mycia lodówek wskazano na str. 11 preparaty Click (ulotka str. 60 część jawna –środek do ręcznego mycia naczyń,

patelni, talerzy, sztućców i innych przyborów kuchennych przeznaczony do codziennego stosowania. Może być także wykorzystywany jako środek do czyszczenia wyposażenia i powierzchni w miejscach przygotowywania żywności) i SR13 (ulotka str. 52 część jawna – nadaje się do stosowania na wszystkie wodoodporne powierzchnie PCV, linoleum, kamień itp. Oraz odpowiedni do zmywalnych, gładkich i posiadających połysk powierzchni z tworzyw sztucznych, pokrytych akrylanami, z metalu, ceramiki i szkła).

Na str. 216 (część tajna) wskazano wymagane przez zamawiającego komórki organizacyjne oraz inne, w załączniku nr 3 do siwz, nie wymienione.

W dniu zamawiający wezwał Konsorcjum SI Naprzód do 10 grudnia 2012r. m. in. do wyjaśnienia dlaczego w planie higieny pozycja „baseny, kaczki, miski, butle do ssaka” został podany środek dezynfekujący i myjący, skoro w siwz zamawiający zaznaczył, że posiada myjki (płyn do mycia dostarcza zamawiający), jaki środek zostanie zastosowany w zakresie mycia i dezynfekcji mebli, parapetów, klamek itp. w poz. 6 w zadaniowym zakresie czynności dotyczącym gabinetów zabiegowych, sal opatrunkowych, pracowni diagnostycznych, sal dializ, OIOK, OION i OIT). Zgodnie z załączoną kartą charakterystyki środek Click służy do ręcznego mycia naczyń, patelni, talerzy, sztućców i innych przyborów kuchennych. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – wezwano do uzupełnienia tabeli dobowej obsady pracowniczej godzin, które wskazywałyby obsadę.

Konsorcjum SI Naprzód w dniu 12 grudnia 2012r. odpowiedziało, że w zakresie myjek przewidział preparaty na wypadek awarii myjki, dla poz. 6 przypisał środki myjące SR13, Click, Glass&Window Cleaner nr 4 oraz preparaty dezynfekcyjne: Incidin Active, Desam Ox, Desprej i wyjaśnił, że do mycia mebli, parapetów, klamek, lamp bakteriobójczych, konsoli i kontaktów zostanie zastosowany preparat SR13, do mycia powierzchni lodówek Click, a do mycia gablot Glass&Window Cleaner nr 4. Co do dobowej obsady pracowników SI Naprzód wskazało, że dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż stanowi treść oferty, ale przedstawia dobową obsadę pracowniczą uzupełnioną o godziny i jednocześnie wyjaśnił, że złożona przez niego dobową obsadę pracowniczą jest zgodna z załącznikiem nr 3 i z wymaganiami siwz.

Zamawiający poza Konsorcjum SI Naprzód w zakresie dokumentów wymienionych w poz. 11 – 17 rozdziału 3 siwz wzywał następujących wykonawców :

- Konsorcjum DERSŁAW o uzupełnienie lub wyjaśnienie ulotki preparatu PRAMOL, uzupełnienie lub wyjaśnienie podanego środka do dezynfekcji Spitaderm.

W trybie art. 87 ust. 1 ustawy wzywał następujących wykonawców:

- Konsorcjum Ever Grupa o wyjaśnienie czy i w jakim zakresie będzie wykonywana usługa w godzinach 19.00-7.00, ponieważ nie widnieje w dobowej obsadzie pracowniczej,

- Konsorcjum KSM Polska o wyjaśnienie dlaczego przewidział pranie firan, skoro zamawiający firan nie posiada oraz dlaczego wpisał werandy, pokoje hotelowe, pawilony, których zamawiający nie posiada,
- odwołującego o wyjaśnienie jakim środkiem będą prane mopy, dlaczego podał w planie higieny inną kolorystykę worków niż w siwz.

Z karty charakterystyki preparatu Click wynika, że ma on zastosowanie do ręcznego zmywania naczyń i czyszczenia w kuchni. Przedłożona przez odwołującego na rozprawie ulotka preparatu Tuklar Medical jest tożsama co do treści z ulotką załączoną do oferty przystępującego Konsorcjum Impel Cleaning.

### **Izba zważyła, co następuje :**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Izba nie podzieliła stanowiska przystępujących, że odwołanie dotyczy czynności wykonanych przez zamawiającego zgodnie z wyrokiem z dnia 8 lutego 2013r. w sprawie sygn. akt KIO 115/13. Izba zwróciła uwagę zarówno na sentencję tego orzeczenia jak i dyrektywę jego wykładni zawartą w uzasadnieniu. Izba nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Link2People oraz uwzględnienie skutków tej oceny w rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Izba nakazała zamawiającemu ocenić, czy wykazane przez odwołującego braki w ofercie przystępującego - „krotności świadczenia usługi w tygodniu” oraz wyszczególnienia „mydła w płynie”, stanowią braki dokumentów, o których mowa w pkt 13 i 16 opisanej części SIWZ, skutkujące odrzuceniem oferty, czy zastosowaniem art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ze względu na treść przepisu (...) „z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”, może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy niezgodność oferty z SIWZ, nie stanowi innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Tym samym Izba nie przesądziła jednoznacznie, czy oferta odwołującego Link2people powinna być bezwarunkowo odrzucona, czy też zamawiający powinien względem niej zastosować procedury określone w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Zatem wynik dokonanej przez zamawiającego oceny nie był objęty sentencją wyroku i w tej sytuacji nie można uznać go jako element czynności zamawiającego dokonywanej zgodnie (lub nie) z zapadłym orzeczeniem. Jest to nowa czynność zamawiającego, która może być przedmiotem odwołania o ile godzi w interes wykonawcy i grozi mu szkodą. Przesłanka z art. 189 ust. 2

pkt 5 ustawy nie została wypełniona. W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania podniesionego przez Konsorcjum SI Naprzód na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy jako spóźnionego, Izba również nie podzieliła stanowiska przystępującego. Przystępujący Konsorcjum SI Naprzód wskazało, że początkiem biegu terminu dla wniesienia odwołania była data 9 stycznia 2013r. czyli data pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej – wówczas odwołującego Link2people. W tej dacie zamawiający nie poinformował o wykluczeniu innych wykonawców, ani o odrzuceniu ich ofert. Przystępujący Konsorcjum SI Naprzód stoi na stanowisku, że ta data stanowiła także początek biegu terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia jego oferty. Jednakże przystępujący konsorcjum SI Naprzód pomija w swojej argumentacji fakt, iż w dacie 9 stycznia 2013r. to oferta odwołującego Link2people była ofertą najkorzystniejszą, odwołujący nie mógł zatem ponieść szkody w związku z tym pierwotnym wyborem, nawet, gdyby decyzja zamawiającego co do skuteczności pozostałych ofert była wadliwa. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia (co w przypadku odwołującego Link2people w dacie 9 stycznia 2013r. zachodziło, bo jego oferta była najkorzystniejsza) oraz (przesłanka kumulatywna) poniósł lub może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy (odwołujący Link2people w dacie 9 stycznia 2013r. nie był zagrożony ewentualnym zaniechaniem przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum SI Naprzód, bo oferta ta była droższa od oferty odwołującego Link2peoplenie było więc nawet potencjalnej możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w związku z takim zaniechaniem zamawiającego). W ocenie Izby zatem do momentu, w którym nie ziści się przesłanka z art. 179 ust. 1 ustawy nie otwiera się termin do wniesienia odwołania. Z tego względu wobec braku możliwości poniesienia szkody termin na wniesienie odwołania na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum SI Naprzód rozpoczął swój bieg dopiero w dacie 5 marca 2013r. Stąd zarzut wniesienia odwołania po upływie terminu na jego wniesienie nie potwierdził się.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jego oferta jest ofertą z najniższą ceną, zaś odwołanie zmierza do przywrócenia jej do postępowania. W przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia planu pracy oraz ilości osób zatrudnionych

na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza) i/lub planu higieny wykonawców Link2People, Konsorcjum Impel Cleaning, Konsorcjum SI Naprzód; ewentualnie naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt.3 ) poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia planu pracy oraz ilości osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza) i/lub planu higieny wykonawców Link2People, Konsorcjum Impel Cleaning, Konsorcjum SI Naprzód

Zarzut nie potwierdził się. Pomimo błędnego częściowo uzasadnienia czynność zamawiającego dokonana w dniu 5 marca 2013r. i polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odpowiada prawu. Bezsporne jest, że w ofercie odwołującego w dobowej obsadzie pracowników (zwanej także planem pracy) nie podano krotności wykonywania danej czynności w ujęciu tygodniowym. Bezsporne jest także to, że w ofercie odwołującego nie zaoferowano mydła w płynie do dozowników Dermados – Ecolab. Takie ustalenia poczyniła Izba w wyroku z dnia 8 lutego 2013r. w sprawie sygn. akt KIO 115/13 i ani odwołujący, ani zamawiający, jak również przystępujący, a ówczesny odwołujący Konsorcjum Impel Cleaning oraz przystępujący w obu sprawach Konsorcjum SI Naprzód nie kwestionowali tych ustaleń w drodze skargi do sądu okręgowego. Na obecnym etapie postępowania jest natomiast sporne, czy braki te można była potraktować, jak błąd w dokumencie lub oświadczeniu składanym na potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego postawionym w siwz, a więc uzupełnialnym w myśl art. 26 ust. 3 ustawy, albo nadającym się do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. W pierwszej kolejności Izba rozważy charakter prawny klauzuli wprowadzonej przez zamawiającego w zdaniu 2 pod pkt. 17 rozdziału 3 siwz. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska odwołującego, że wprowadzenie takiej klauzuli do siwz stwarza po stronie zamawiającego obowiązek uzupełnienia lub wyjaśnienia wszystkich błędów lub braków w dokumentach opisanych przez zamawiającego w pkt. 13-17 rozdziału 3 siwz, nawet gdy charakter tych dokumentu będzie wskazywał, iż nie jest to dokument (oświadczenie) w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. W ocenie Izby rację należy przyznać zamawiającemu, że wprowadzenie do siwz postanowień niezgodnych z ustawą powoduje, że postanowienie takie jest nieważne jako sprzeczne z prawem. Jeżeli postanowienie (tak jak w przedmiotowej sprawie) dotyczy kilku dokumentów i w odniesieniu do części z nich jest zgodne z ustawą, a co do pozostałej części jest z ustawą sprzeczne i jest możliwość wyodrębnienia części sprzeczne, to nieważne jest tylko częściowo, w takim zakresie w jakim jest niezgodne z ustawą. Prawdziwe jest także twierdzenie zamawiającego, że postanowienie zdania 2 pod pkt 17 rozdziału 3 siwz należy wyklądać w taki sposób, że art. 26 ust. 3 i 4 ustawy stosuje się do tych dokumentów lub oświadczeń wymienionych w pkt 13-17, które mieszczą się w

katalogu dokumentów lub oświadczeń określonych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Potwierdza to stanowisko postanowienie zdania 2 zawartego pod pkt 10 rozdziału 3 siwz. Również w katalogu dokumentów wskazanych w punktach od 1-10 tego rozdziału znajdują się dokumenty, których zamawiający nie może uzupełnić ani wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy. Przykładem tego dokumentu jest dokument wskazany w poz. 10 tj. dowód wniesienia wadium – dokument ten nie jest ani dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani na potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Tym samym oświadczenie woli, jakim jest niewątpliwie siwz zgodnie z art. 65 ust. 1 kc stosowanym w związku z art. 14 ustawy należy tak wyklądać jak wynika to z okoliczności jego złożenia, niż opierać się na jego literalnym brzmieniu. Jedyne logiczne wnioski jakie można wyprowadzić z postanowień zdań 2 pod pkt odpowiednio 10 i 17 rozdziału 3 siwz jest taki, że przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy stosuje się do oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 1 – 17, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Izba stoi zatem na stanowisku, że zamawiający nie był ani uprawniony, ani zobowiązany do żądania uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów innych niż zezwala mu na to art. 25 ust. 1 ustawy. W tym miejscu zatem należy rozstrzygnąć o charakterze dokumentów (oświadczeń) odwołującego, w których stwierdzone zostały braki tj. o planie pracy i planie higieny. Plan pracy i plan higieny poddać kwalifikacji z uwzględnieniem wytycznej zawartej w § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2009 nr 226 poz.1817 – dalej rozporządzenie w sprawie dokumentów). W przepisie tym ustawodawca wymienił przykładowo dokumenty, jakie mogą być żądane przez zamawiającego na potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii;
- 2) opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia;
- 3) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;
- 5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie

stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Pkt. od 3 – 5 nie wykazują jakiegokolwiek podobieństwa do planu pracy czy planu higieny. Natomiast należy rozważyć, czy te dokumenty są podobne i służą podobnym celom, co dokumenty wymienione w pkt 1 i 2 § 5 rozporządzenia. Dodatkowo przy dokonywaniu tej oceny należy uwzględnić, że dokumenty te to dokumenty o charakterze przedmiotowym i ich uzupełnienie czy wyjaśnienie nie może naruszać art. 87 ust. 1 ustawy i zakazu wprowadzania zmian do złożonej oferty.

Izba w pierwszej kolejności rozważy charakter prawny planu pracy biorąc pod uwagę postanowienia siwz oraz zawartość załącznika nr 3 do siwz. Izba podziela bowiem stanowisko odwołującego, że o charakterze prawnym dokumentu żądanego przez zamawiającego decyduje cel jego składania i zakres informacji w nim zawartych. Stąd Izba stoi na stanowisku, że dokumenty przedmiotowe żądane przez zamawiającego nie wynikające wprost z katalogu dokumentów określonych w § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, każdorazowo należy analizować mając na uwadze indywidualny charakter postanowień siwz i wymagań zamawiającego w tym zakresie.

Izba ustaliła, że w informacjach ogólnych SIWZ (str. 1) pkt 2 zamawiający zamieścił opis „2. Załączniki do Rozdziału I powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę bez wyjątku i ściśle według warunków i postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez dokonywania w nich zmian przez Wykonawcę. Załączniki dołączone do w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedstawione są w formie wzoru graficznego. Wykonawca może przedstawić załączniki wg własnego układu graficznego, lecz muszą one zawierać wszystkie zapisy i informacje ujęte we wzorach. W przypadku, gdy jakkolwiek część powyższych dokumentów nie dotyczy Wykonawcy, wpisuje on „nie dotyczy”. Plan pracy – dobowy obsada pracownicza stanowił załącznik nr 3 do siwz. W załączniku nr 3 zamawiający podał minimalną obsadę pracowniczą. Zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego z dnia 30 października 2012r. na pytanie nr 2 o treści „W załączniku nr 3 minimalna dobowy obsada pracownicza na oddziałach zamawiający podaje że na oddziale chirurgicznym poziom III, kardiologicznym poziom III w godzinach nocnych 19.00-7.00 ma przebywać 0,5 osoby? Co zamawiający ma na myśli? czy w godzinach nocnych 19.00-7.00 na tych oddziałach dyżur jest łączony? Analogiczna sytuacja oddział kardiologii inwazyjnej poziom 0 i oddział pediatrii poziom 0. Proszę o ujednoczenie tego zapisu.”, w dobowej obsadzie pracowniczej mają być podane informacje o zabezpieczeniu personelu wg. wykazu w

załączniku nr 3 SIWZ - UWAGA : minimalna dobowo obsada pracownicza na oddziałach. Dyżur jest łączony.

Biorąc powyższe pod uwagę zgodnie z rozdziałem I pkt 2 uwagi ogólne wykonawcy nie mogli wprowadzać do załączników opracowanych przez zamawiającego innych zmian niż graficzne, oraz wszystkie treści zawarte przez zamawiającego musiały być w tych załącznikach powtórzone. Zatem w ocenie Izby wobec faktu określenia przez zamawiającego z góry „Ilość dni w tygodniu” i wprowadzenia zakazu zmiany tej wartości przy sporządzaniu załącznika nr 3 w innej formie graficznej, braki w tym zakresie mogły być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż wprowadzenie danej wynikającej z treści załącznika opracowanego przez zamawiającego nie mogło zmienić treści oferty. Wykonawca bowiem w tym zakresie nie miał swobody złożenia oświadczenia, co do sposobu czy zakresu wykonywanego zobowiązania. Tym samym zamawiający, gdyby braki w planie pracy były jedynymi brakami w ofercie odwołującego powinien był zastosować art. 26 ust. 3 ustawy i wezwać odwołującego do uzupełnienia planu pracy o ilość dni w tygodniu.

Inna sytuacja ma miejsce w przypadku planu higieny. Zamawiający nie opracował własnego załącznika – wzoru planu higieny. Pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcom określając jedynie minimalne wymaganie, jakim było zawarcie w planie higieny wykazu preparatów i środków, którymi oferent będzie wykonywał usługę - zamawiający wymagał dołączenia do oferty ulotek informacyjnych oferowanych preparatów. Dodatkowo zamawiający odpowiadając na pytanie 15 z dnia 24 października 2013r. o treści „Czy Zamawiający potwierdza, że plan higieny należy sporządzić na podstawie załącznika nr 2 do SIWZ z uwzględnieniem środków myjących, czyszczących, konserwujących i dezynfekujących oraz sprzętu?” wyjaśnił, że tak. Izba zanalizowała załączniki nr 2 załączone do siwz tj. załącznik nr 2 do rozdziału I siwz - Formularz cenowy i załącznik nr 2 do rozdziału II siwz - Zadaniowy zakres czynności objętych umową i uznała, że odpowiedź zamawiającego dotyczy drugiego z wymienionych załączników. Plan higieny był zatem dokumentem samodzielnie i swobodnie opracowywanym przez wykonawcę dodatkowo poza wykazem środków i preparatów określającym zadaniowy zakres czynności objętych umową. W ocenie Izby zatem ten dokument stanowił zobowiązanie wykonawcy co do zakresu usługi – zadaniowego zakresu czynności oraz sposobu jej wykonania czy użytych preparatów i środków, a w wyniku odpowiedzi zamawiającego skonkretyzowanych do środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekujących i sprzętu. Dokument ten w ocenie Izby nie mieści się w pojęciu opis, fotografia próbka, gdyż dotyczy sposobu realizacji tego konkretnego zamówienia publicznego, a nie sposobu organizacji i realizacji danego typu usług w działalności danego wykonawcy. Nie jest to także dokument, o którym mowa w pkt 2 ust. 1 § 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdyż w tej grupie dokumentów wymienione są dokumenty odnoszące się do opisu środków stosowanych przez wykonawcę



dostaw lub usług w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia. W ocenie Izby do tej grupy dokumentów na gruncie przedmiotowego postępowania należeć będą karty charakterystyki, czy ulotki, a nie plan higieny. Izba stwierdziła, że plan higieny nie ma charakteru wyłącznie poglądowego, gdyż z § 1 ust. 4 wzoru umowy wyraźnie wynika, że integralną częścią umowy są zapisy zawarte w ofercie. Nadto w powoływanych przez odwołującego pkt 4 na str. 21 załącznika nr 2 do rozdziału II siwz oraz § 9 ust. 2 wzoru umowy, wbrew stanowisku odwołującego, w ocenie Izby wynika, że odwołujący jest związany złożonym przez siebie do oferty planem higieny i nie ma możliwości samodzielnego podjęcia decyzji o zmianie środka czy preparatu, a taka zmiana była pozostawiona w ściśle określonych przypadkach do wyłącznej decyzji zamawiającego - § 9 ust. 2 wzoru umowy lub uzależniona od zgody zamawiającego - pkt 4 na str. 21 siwz. Skoro zatem wykonawcę wybranego wiązał plan higieny na etapie realizacji umowy, to jego postanowienia stanowiły element kształtujący oferty i nie mogły podlegać uzupełnieniu ani wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, gdyż mogłoby to prowadzić to do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy w ocenie Izby mógłby być zastosowany w celu wyjaśnienia, gdzie w ofercie odwołującego znajduje się mydła w płynie do dozowników Dermados – Ecolab, jednak w sytuacji gdy brak tego środka został jednoznacznie stwierdzony przez Izbę w niezaskarżonym wyroku z dnia 8 lutego 2013r. sygn. akt KIO 115/13, to zamawiający nie miał wątpliwości na etapie ponownej oceny ofert, że tego środka odwołujący nie zaoferował. Nie mógł już więc w dniu 5 marca 2013r. skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż wezwanie odwołującego w rzeczywistości prowadziłoby do uzupełnienia treści oferty. Izba zanalizowała także, czy brak środka mógł być potraktowany jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty tj. czy nie podlegał poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba stwierdza, że wzajemna relacja art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest następująca:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o wszelkich nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Pojęcie "nie odpowiada" jest pojęciem szerokim obejmuje zarówno:

- sprzeczność (niezgodność) treści oferty z treścią siwz, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego

- jak również sytuację, gdy z oferty nie wynika element, czy fragment elementu, którego zaoferowania wymagał zamawiający.

Jednocześnie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jak już wspomniano powyżej, przewiduje się możliwość odrzucenia oferty tylko, o ile opisane powyżej "nieodpowiedniości" nie dadzą się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu poprawić takie omyłki, które spełniają łącznie dwa warunki: - polegają na niezgodności oferty ze siwz i - ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie pierwszej z przesłanek należy stwierdzić, że odnosi się ona wyłącznie do sprzeczności treści oferty z treścią siwz. Pojęcie "niezgodności" jest węższe niż pojęcie "nieodpowiedniości". Tym samym do poprawienia nadają się wyłącznie omyłki, które polegają na sprzeczności treści oferty z treścią siwz i to wyłącznie takie, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający zatem stosując art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzuca ofertę, gdy popełniona omyłka polega na sprzeczności oferty z treścią siwz, a jej poprawienie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty, a także odrzuca ofertę w sytuacji, gdy omyłka (niezależnie od tego czy jest istotna czy też nie) nie polega na sprzeczności treści oferty z treścią siwz.

W badanej sytuacji w ofercie odwołującego nie ma niezgodności z treścią siwz, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ale jest brak, który mieści się w pojęciu nie odpowiadania przez treść oferty treści siwz. Braku tego nie da się naprawić, bo w ofercie nie ma jakichkolwiek danych pozwalających na ustalenie, że zaoferowano wymagane mydło w płynie do pojemników Dermados – Ecolab. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do poprawienia oferty i prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego stosując art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Mając na uwadze, że niezaoferowanie mydła w płynie powoduje ziszczenie się podstawy do odrzucenia oferty, zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy w odniesieniu do planu pracy.

Reasumując, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 i 4 ani art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo wezwał przystępującego SI Naprzód do uzupełnienia dokumentu – plan pracy o obsadę godzinową, zgodnie ze schematem wynikającym z załączonych do załącznika nr 3 do siwz minimalnych wymagań zamawiającego w zakresie dobowej obsady pracowniczej. Dokument ten ma służyć zamawiającemu na potwierdzenie określonego standardu – jakości świadczonej usługi i jako taki mieści się w katalogu dokumentów wynikających z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Wobec odwołującego zastosowanie dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 ustawy w odniesieniu do planu pracy było nie możliwe z uwagi na zdanie 1 in fine art. 26 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym nie stosuje się art. 26 ust. 3 ustawy w sytuacji, gdy oferta

i tak podlegałyby odrzuceniu z innych przyczyn. W sytuacji odwołującego tymi innymi przyczynami były braki w planie higieny, który to dokument, jak oceniono w rozstrzygnięciu poprzedzającego zarzutu nie podlegał uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust.3 i 4 ustawy. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

Zarzut nie potwierdził się. Izba w rozstrzygnięciu wcześniejszych zarzutów wskazała, że czynność zamawiającego - odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy była zgodna z ustawą. Tym samym zarzut wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej innej niż oferta odwołującego nie potwierdził się.

Podnoszone z ostrożności procesowej:

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Impel Cleaning, Konsorcjum SI Naprzód

Izba uznała zarzut za bezzasadny i nieudowodniony. W zakresie niezgodności ofert Konsorcjum Impel Cleaning i Konsorcjum SI Naprzód z treścią siwz, z uwagi na nie ujęcie w planie pracy wszystkich odcinków szpitala na których ma być świadczona usługa, Izba zauważa, że naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy musi polegać na niezgodności treści złożonej oferty z treścią siwz, natomiast odwołujący nie wykazał istnienia jednoznacznej i nie budzącej wątpliwości treści siwz, z której oferty Konsorcjum Impel Cleaning i Konsorcjum Naprzód odpowiadają. Swoją zarzut odwołujący oparł na postanowieniu pkt 16, które określało rodzaj dokumentu jaki ma być zamawiającemu złożony tj. Plan pracy oraz ilość osób zatrudnionych na poszczególnych odcinkach (dobowa obsada pracownicza). Zamawiający opracował wzór takiego dokumentu tj. załącznik nr 3 do siwz wskazując w nim tabelę do wypełnienia obejmującą kolumny: liczbę porządkową, komórkę, sprzątnięcie, pomoc przy pacjencie, transport oraz wykaz minimalnych wymagań zamawiającego w zakresie dobowej obsady pracowniczej w którym zamawiający podał oddział, ilość dni w tygodniu, zakres godzinowy oraz opis usługi. Pomiędzy tymi dwoma tabelami znajduje się wskazanie, że załącznik może przyjąć inną formę graficzną. Odwołujący wskazywał, że do protokołu rozprawy w sprawie sygn. akt KIO 115/13 strony i przystępujący zgodnie twierdzili, że wymienione 14 oddziałów (wedle nazwy kolumny, w której się wymienia jednostki organizacyjne szpitala w ramach minimalnej obsady) to nie

wszystkie odcinki. Jednak odwołujący przyznał również, że pojęcie odcinka było różnie rozumiane przez wykonawców, nie ma definicji legalnej tego pojęcia ani zamawiający nie zdefiniował go na potrzeby siwz. Co więcej Izba stwierdziła, że zamawiający nie odwołał na potrzeby wypełnienia załącznika nr 3 do siwz do załącznika do rozdziału II siwz, w którym wymienione są poszczególne pomieszczenia szpitalne. Tym samym brak jednoznacznej treści siwz, w świetle które można byłoby ocenić nie odpowiadanie treści siwz, treści ofert wykonawców Konsorcjum Impel Cleaning i Konsorcjum SI Naprzód. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia przez zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców z powodu niezgodnej z siwz ilości odcinków w planie pracy.

Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SI Naprzód z powodu braku zaoferowania preparatu do mycia lodówek, to izba uznała, że zarzut nie potwierdził się. W planie higieny w części tajnej oferty SI Naprzód wskazano do mycia lodówek dwa preparaty SR 13 i Click. W wyjaśnieniach treści złożonej oferty Konsorcjum SI Naprzód jawnie wyjaśniło zamawiającemu, że do mycia lodówek przeznaczają preparat Click. Z ulotki tego preparatu wynika, że może być on stosowany do czyszczenia wyposażenia kuchni, potwierdza to także złożona przez odwołującego karta charakterystyki tego produktu, z której wynika zastosowanie „czyszczenie w kuchni” Z ulotki wynika, że preparat może być stosowany do powierzchni mających kontakt z jedzeniem. Z doświadczenia życiowego Izby wynika, że lodówka jest standardowym wyposażeniem kuchni, a skoro preparat Click nadaje się do czyszczenia wyposażenia kuchni, to w szczególności nadaje się do czyszczenia jego standardowego wyposażenia, jakim jest lodówka. Izba uznała zatem, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty SI Naprzód z powodu niezaoferowania preparatu do mycia lodówek. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że wbrew stanowisku odwołującego prezentowanemu na rozprawie zamawiający w wezwaniu z dnia 10 grudnia 2012r. nie kwestionował preparatu Click jako nie nadającego się do czyszczenia lodówek, ale pytał o możliwość jego zastosowania do mycia i dezynfekcji mebli, parapetów, klamek itp. w poz. 6 w zadaniowym zakresie czynności dotyczącym gabinetów zabiegowych, sal opatrunkowych, pracowni diagnostycznych, sal dializ, OIOK, OION i OIT).

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum SI Naprzód i Konsorcjum Impel Cleaning pomimo nie zaoferowania wymaganego preparatu do mycia i konserwacji wykładzin antyelektrostatycznych, nie został przez odwołującego udowodniony. Na rozprawie zamawiający wskazał jakie preparaty u przystępującego Konsorcjum Impel Cleaning, a jakie u przystępującego SI Naprzód zakwalifikował jako nadające się do mycia i

konserwacji wykładzin antyelektrostatycznych. Odwołujący poza twierdzeniem, że z treści ulotek tych preparatów nie wynika możliwość zastosowania środków do mycia i konserwacji wykładzin nie wykazał ani tego, że do mycia i konserwacji wykładzin antyelektrostatycznych konieczne są szczególne preparaty, ani tego, że środków wskazanych w ofertach konkurentów nie można zastosować w tym celu, choćby przedstawiając oświadczenia producentów takich wykładzin. Z mocy art. 190 ust. 1 ustawy to na odwołującym w tym przypadku ciążył obowiązek dowodowy, któremu odwołujący nie podolał. O ile bowiem trudno jest dowodzić braku danego środka w ofercie, to możliwość dowodzenia pojawiła się z chwilą, z którą zamawiający zaprzeczył stanowisku odwołującego o braku preparatów w ofertach i podał, że w ofertach są konkretne preparaty. Wówczas odwołujący powinien był wykazać nieprawidłowość zaprzeczenia zamawiającego, czego nie uczynił. Nadto jedynym argumentem mającym uzasadniać stanowisko odwołującego jest wskazanie, że z ulotek wprost nie wynika zastosowanie środków do wykładzin antyelektrostatycznych, jednak zamawiający zgodnie z pkt 13 rozdziału I.3 siwz nie wymagał, aby z ulotek wynikało potwierdzenie zastosowania do konkretnych urządzeń, powierzchni, czy czynności. Zamawiający żądał ulotek informacyjnych o proponowanym produkcie nie stawiając wykonawcom szczegółowych wymagań w tym zakresie. Nadto Izba stwierdziła, że również z ulotki załączonej przez odwołującego do jego oferty, a dotyczącej Taski Jontec 300 i Taski Jontec Eternum nie wynika wprost zastosowanie do mycia i konserwacji takich wykładzin. Sam fakt braku wskazania danego zastosowania w ulotce nie może być zatem uznany za przesądzający o braku dopuszczalności zastosowania środka. A takiego braku dopuszczalności zastosowania środka odwołujący nie udowodnił, z tego względu zarzut należało oddalić. Izba nie dopatrzyła się zatem w tym zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wskutek braku modyfikacji SIWZ - niezgodny z prawem zapis SIWZ dotyczący zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 (str. 6 SIWZ - dotyczy plany higieny i planu pracy) i zastosowanie tego zapisu SIWZ wobec SI Naprzód a wobec innych wykonawców brak zastosowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 , co skutkuje niemożnością dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem dyspozycji art. 7 ust. 1.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż wzywał do wyjaśnień lub uzupełnień planu pracy przystępującego SI Naprzód, ale także konsorcjum Ever Grupa. Natomiast nie wezwanie

w tym zakresie odwołującego było usprawiedliwione treścią art. 26 ust. 3 zdanie 1 in fine ustawy. Zatem postępowanie nie jest w ocenie Izby obciążone wadą w zakresie objętym zarzutami uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. W ocenie Izby zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit b i § 5 ust. 3 pkt. 1 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) zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie przed Izbą, zgodnie z przedłożoną przez zamawiającego fakturą.

**Przewodniczący:**

.....