

Sygn. akt: KIO/UZP 1804/09

WYROK
z dnia 6 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, reprezentowana przez Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego, ul. Zyty 26, 65-046 Zielona Góra** protestu z dnia 3 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, reprezentowaną przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, reprezentowany przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, reprezentowaną przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź** na rzecz **Szpitala Wojewódzkiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego, ul. Zyty 26, 65-046 Zielona Góra** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, reprezentowanej przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź**.

U z a s a d n i e

Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, reprezentowana przez Oddział w Łodzi, zwana dalej „*Odwołującym*”, złożyła protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Świadczenie usług specjalistycznego sprzątnia i całodobowego utrzymania czystości w budynkach zamawiającego, wykonywania usług pomocniczych w komórkach organizacyjnych zamawiającego oraz utrzymania czystości ulic wewnętrznych, placów, chodników i terenów zielonych*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 października 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 206 - 296364).

W dniu 4 listopada 2009 r., pismem z dnia 3 listopada 2009 r. Odwołujący złożył protest w tym postępowaniu dotyczący treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ. Wskazał tam na naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne i niezgodne z ustawą Pzp opisanie kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobem ich oceny w zakresie kryterium jakości realizacji usługi
- 2) art. 22 ust. 1 ustawy Pzp przez określenie za niskich wymagań dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego i finansowego nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia.

Przywołując wskazane naruszenia zażądał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ:

- 1) przez wykreślenie z kryteriów oceny ofert kryterium jakości realizacji usługi wraz z jednoczesnym wykreśleniem pkt V z załącznika nr 2 do SIWZ
- 2) w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich oceny przez określenie warunku wiedzy i doświadczenia o wartości 3,5 mln zł, określenie warunków dotyczących potencjału technicznego, kadrowego i finansowego proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia.

W szczegółowym uzasadnieniu podniesionych zarzutów i zgłoszonych żądań Odwołujący wskazał:

Po pierwsze, że Zamawiający w sposobie oceny podkryterium zasady organizacji pracy będzie uzależnił przyznanie punktów w tym zakresie od oceny ofert pod kątem niejednoznacznym określeń zastosowanych w SIWZ takich, jak: „rozwiązania korzystniejsze niż wymagane”, „Koncepcję zapewniającą wykonanie wymaganych w SIWZ szerszych czynności”, „zapewniającą optymalną obsadę wysoko kwalifikowanego personelu” „gwarantującą najefektywniejsze rozwiązania oraz optymalizację kosztów”. Zdaniem Odwołującego zastosowane określenia wskazują, że Zamawiający nie wskazał sparametryzowanych wymagań, które będą podlegać ocenie, a jego ocena będzie uzależniona od indywidualnych i subiektywnych ocen poszczególnych członków komisji.

Po drugie, że Zamawiający w sposobie oceny podkryterium plan higieny będzie uzależnił przyznanie punktów w tym zakresie od oceny ofert pod kątem niejednoznacznym określeń zastosowanych w SIWZ takich, jak: „najkorzystniejszy plan higieny”, „najlepiej dobrane

czynności”, „wysoki stopień bezpieczeństwa sanitarnego”. Zdaniem Odwołującego określenia te nie stanowią parametrów, na podstawie których można dokonać porównania i oceny ofert i nie są one w jakikolwiek sposób mierzalne

Po trzecie, że Zamawiający w sposobie oceny podkryterium dobór środków czystości i dezynfekcyjnych będzie uzależnił przyznanie punktów w tym zakresie od oceny ofert pod kątem niejednoznacznym określeń zastosowanych w SIWZ takich, jak: „prawidłowo”, „indywidualnie”, „w zakresie szerszym niż wskazano w SIWZ”. Zdaniem Odwołującego określenia te nie parametryzują sposobu oceny, a wręcz przeciwnie czynią go subiektywnym i ograniczającym możliwości porównania ofert.

Po czwarte, że Zamawiający w sposobie oceny podkryterium dobór narzędzi i urządzeń będzie uzależnił przyznanie punktów w tym zakresie od oceny ofert pod kątem niejednoznacznym określeń zastosowanych w SIWZ takich, jak: „profesjonalne”, „należyte”, „spełniające minimalne wymogi”. Zdaniem Odwołującego określenia te pozwalają na subiektywną ocenę poszczególnych członków komisji przetargowej, a poza tym kryterium to nie jest sparametryzowane.

Zamawiający informację o proteście zamieścił na stronie internetowej w dniu 6 listopada 2009 r.

W dniu 9 listopada 2009 r., a wcześniej w dniu 6 listopada 2009 r. drogą faksową Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu („Przystępujący”) zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia przywołanego protestu, wskazując na jego bezzasadność.

Zamawiający protestu w ustawowym terminie nie rozstrzygnął, w związku z czym Odwołujący w dniu 23 listopada 2009 r. (data nadania przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył do Prezesa UZP odwołanie, przekazując w tej samej dacie jego kopię Zamawiającemu.

W dniu 4 listopada 2009 r. drogą faksową wpłynęło do Prezesa UZP zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 30 grudnia 2009 r. złożonym przez Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i w odwołaniu oraz w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, pozwalającą na merytoryczne rozpoznanie odwołania. Potwierdzenie się przynajmniej jednego z zarzutów dotyczących opisu kryteriów oceny ofert wskazywałoby bowiem, że Zamawiający może dokonać subiektywnej oceny ofert, co może prowadzić do pozbawienia możliwości uzyskania niniejszego zamówienia przez Odwołującego.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt sprawy i przedłożonej przez Zamawiającego w toku rozprawy do wglądu Izby w oryginale, w tym przede wszystkim z treści ogłoszenia o zamówieniu i treści postanowień SIWZ, jak również z oświadczeń i stanowisk stron postępowania i jego uczestnika złożonych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej na piśmie oraz ustanie do protokołu.

Skład orzekający nie dopuścił wnioskowanego przez Zamawiającego dowodu z postanowień SIWZ sporządzonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożone były odwołania rozpoznawane przez KIO wyrokiem z dnia 4 czerwca 2008 r.; sygn. akt: KIO/UZP 481/08 i KIO/UZP 489/08, działając na podstawie art. 188 ust. 6 ustawy Pzp. Izba uznała, że przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu sporządzanego dla potrzeb innego postępowania oraz przez inny podmiot zamawiający (106 Szpital Wojskowy z Przychodnią SPZOZ w Gliwicach) nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy odwoławczej, a jego przeprowadzenie doprowadzi jedynie do zwłoki w postępowaniu.

Skład orzekający Izby uznał, że zarzuty dotyczące niewłaściwego, tj. naruszającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, opisu sposobu dokonywania oceny w ramach kryterium jakości określonego przez Zamawiającego,

jak i zarzuty nieprawidłowego opisu warunków udziału w postępowaniu nie potwierdziły się, biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy.

Co do zarzutów dotyczących opisu kryterium jakości realizowanej usługi oraz żądań określonych w tym przedmiocie przez Odwołującego skład orzekający Izby, przychyłając się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, uznał, że kryterium to jest dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp - art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który wprost jako jedno z przykładowych wymienia to kryterium. Z natury swojej kryterium jakościowe, w tym przypadku dotyczące jakości realizowanej usługi, zawiera w sobie pewną dozę subiektywizmu. Opis kryterium przez Zamawiającego powinien się jednak sprowadzać do zminimalizowania tego elementu subiektywności przy ocenie w taki sposób, aby pozwalało to z jednej strony na przygotowanie przez wykonawców korzystnych oferty dających im szansę na uzyskanie zamówienia, z drugiej zaś strony, aby pozwalało Zamawiającemu ocenić oferty złożone w postępowaniu przez odniesienie do mierników określonych w SIWZ, a nie np. przez porównanie złożonych w postępowaniu ofert ze sobą.

W ocenie składu orzekającego Izby zaproponowany przez Zamawiającego i opisany sposób oceny ofert umożliwia przygotowanie w postępowaniu konkurencyjnych ofert, o czym świadczy choćby fakt, że takowe oferty (4) zostały złożone w niniejszym postępowaniu. Taki sposób oceny ofert w kryterium jakości daje również Zamawiającemu możliwość oceny ofert według wytycznych określonych w SIWZ. Zamawiający bowiem w ramach kryterium jakości określił jeszcze cztery podkryteria (1. zasady organizacji pracy, 2. Plan higieny, 3. dobór środków czystości i dezynfekcyjnych i 4. dobór narzędzi i urządzeń), w których rozgraniczył też ilość przyznawanych w tych podkryteriach punktów, wskazując przy każdym z nich, jakie elementy będzie brał pod uwagę przy ocenie. Te elementy odnoszą się zaś do podstawowych (minimalnych) wymogów dotyczących sposobu realizacji zamówienia, określonej w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający zatem, wskazując na pewne minima pozwolił również wykonawcom na pewną swobodę przy opisie koncepcji realizacji usługi, określając, że ilość przyznawanych punktów w poszczególnych podkryteriach będzie uzależniona od tego, czy wykonawca zaprezentuje w tej koncepcji wyłącznie minimum określone przez niego w SIWZ, czy też przedstawi rozwiązania korzystniejsze z punktu widzenia postanowień SIWZ, wymogów określonych przepisami ustawy, czy normami, pewnych standardów przy wykonywaniu usług sprzątnięcia szpitali. Zgodzić należy się z Odwołującym, że użyte przez Zamawiającego określenia „korzystniejsze”, „lepsze” itp., mają charakter określeń pozwalających na pewien subiektywizm, jednakże - w ocenie Izby – charakter przedmiotu zamówienia wymaga w tym przypadku, aby wykonawca w ramach swojej oferty i mając doświadczenie przy realizacji podobnych usług, będąc w tym zakresie profesjonalistą zaproponował Zamawiającemu

określone, korzystniejsze niż wskazane przez Zamawiającego w SIWZ rozwiązania. To właśnie ta wiedza wykonawcy i te proponowane, innowacyjne rozwiązania mają być przez Zamawiającego poddane ocenie. W tym przypadku, gdyby Zamawiający samodzielnie doprecyzował określone przez siebie podkryteria w sposób jeszcze bardziej konkretny, jak oczekiwał tego Odwołujący np. przez podanie konkretnej liczby osób do wykonywania sprzątnia (według Zamawiającego najbardziej optymalnej, optymalnej i np. zadawalającej) okazałoby się, że określenie tych wymogów w ramach kryterium oceny byłoby bezprzedmiotowe. To Zamawiający bowiem stworzyłby koncepcję świadczenia usług sprzątnia w pomieszczeniach szpitala, a wykonawcy jedynie wskazywaliby, czy spełniają dane oczekiwania, czy też nie. Wskazanie przez Zamawiającego np. zastosowania konkretnych środków czystości o konkretnych stężeniach, czy częstotliwość ich użycia, zastosowanie konkretnych urządzeń, przyjęcie, że usługi będą świadczone przez konkretną ilość osób, prowadziłyby jedynie do akceptacji konkretnych wymogów od wykonawców na zasadzie wymogów bezwzględnie obowiązujących, a nie podlegających ocenie w ramach przyjętego kryterium jakości. Zamawiający, wskazując swoje minimalne, podstawowe wymogi co do świadczenia usługi w opisie przedmiotu zamówienia oraz wprowadzając możliwość wizji lokalnej w pomieszczeniach, które mają być sprzątnane, dał szansę wykonawcom na skonstruowanie konkurencyjnych ofert.

Nie sposób nadto pominąć, że kryterium jakości realizacji usługi, z którym związany jest pewien margines swobodnej oceny, Zamawiający nadał 30% wagę, podczas gdy kryterium matematycznie mierzalnemu, tj. cenie Zamawiający nadał wagę przeważającą, tj. 70%, co czyni wskazane w niniejszym postępowaniu kryteria i ich opis tym bardziej dopuszczalnymi.

Zauważyć również należy, że Odwołujący domagał się wykreślenia tego kryterium oceny ofert z postanowień SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu, nie wskazując jednocześnie, jaki konkretny opis tego kryterium co do przyzwania punktów w poszczególnych wymienionych przez niego podkryteriach byłby dla niego satysfakcjonujący. Rozpoznanie zatem przez Izbę tego zarzutu pod kątem jego ewentualnego uwzględnienia byłoby również utrudnione. W podobnej sytuacji był również Zamawiający przy rozstrzygnięciu protestu, mógł on bowiem dookreślić w jakimś stopniu wskazywane podkryteria, trudno byłoby jednakże powiedzieć, że dookreślenie w taki, czy inny sposób spełniałoby oczekiwania Odwołującego, bowiem te nie zostały również w sposób konkretny sparametryzowane.

Co do zarzutu dotyczącego opisu kryteriów oceny skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący, jeśli chodzi o warunek wiedzy i doświadczenia, domaga się tak naprawdę zaostrożenia tego warunku w sposób, który mógłby doprowadzić do ograniczenia kręgu

wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o to zamówienie. Tym samym zatem opisany przez Zamawiającego warunek nie ogranicza w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp uczciwej konkurencji, a wprost przeciwnie – ją poszerza i taki też był cel Zamawiającego, jak oświadczył w toku rozprawy. Brak opisu przez Zamawiającego kryteriów: finansowego, kadrowego, czy technicznego również w żaden sposób nie wpływa na ograniczenie konkurencji w postępowaniu.

Tak więc naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w tym zakresie nie znajduje oparcia w opisanym stanie faktycznym. Taki sposób opisu warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego nie ma też oparcia w innych obowiązujących przepisach ustawy Pzp. Obawa Odwołującego, że taki sposób opisu warunków udziału w postępowaniu może prowadzić do niebezpieczeństwa ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy nie są profesjonalistami i nie będą mogli zrealizować zamówienia nie może świadczyć o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, a ponadto nie znalazła praktycznego potwierdzenia w niniejszym postępowaniu, bowiem jak okazało się w toku rozprawy w postępowaniu złożono tylko 4 oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 zm.), w tym co do wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie faktury VAT przedłożonej w toku rozprawy do akt sprawy.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....