

Sygn. akt: KIO/UZP 619 /08

WYROK
z dnia 4 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Marek Koleśnikow

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISS FACILITY SERVICES Sp. z o.o. ul. Jordanowska 2a, 04-204 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Siedlcach ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce** protestu z dnia **10 czerwca 2008 r.**

przy udziale **IMPEL CLEANING Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Siedlcach ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ISS FACILITY SERVICES Sp. z o.o. ul. Jordanowska 2a, 04-204 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Siedlcach ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce** na rzecz **ISS FACILITY SERVICES Sp. z o.o. ul. Jordanowska 2a, 04-204 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ISS FACILITY SERVICES Sp. z o.o. ul. Jordanowska 2a, 04-204 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Siedlcach prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie czystości pomieszczeń, zgodnie z wymogami sanitarno-epidemiologicznymi w obiektach służby zdrowia oraz wykonywanie innych czynności pomocniczych przez okres 5 lat”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 30 maja 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 104-139893.

Dnia 29 maja 2008 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), która stała się podstawą do wniesienia dnia 10 czerwca 2008 r. protestu. Odwołujący się zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 91 ust. 3. Naruszenie powyższe, zdaniem Odwołującego się, przejawia się w tym, że Zamawiający dla oceny ofert wprowadził obok kryterium ceny (70%), kryterium „ocena zaproponowanej technologii i środków” (30%). Wprowadzenie takiego kryterium narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż pozwala na dużą i niczym nieuprawnioną uznaniowość w ocenie ofert. Zatem komisja przetargowa będzie miała nieograniczoną dowolność w kształtowaniu oceny ofert, a tym samym i ich punktacji w oparciu o przedłożone wraz z ofertą wykazy, prospekty i plany, bowiem w SIWZ nie określono za jakie cechy, parametry lub właściwości Zamawiający zamierza przyznać określoną ilość punktów. Tymczasem Zamawiający ma obowiązek określać kryteria oceny ofert oraz sposób oceny w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości, dający gwarancję obiektywnej ich oceny zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.

Ponadto, Zamawiający wprowadzając do tego kryterium, jako element ocenny „wykaz sprzętu, jakim będzie wykonywana usługa”, tj. element związany z oceną wiarygodności technicznej wykonawcy, narusza zakaz wyrażony w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Ze względu na powyższe, Odwołujący się nie może złożyć rzetelnej i konkurencyjnej oferty, a tym samym nie może ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia na zasadach uczciwej konkurencji, co uzasadnia istnienie interesu prawnego.

W związku z powyższym Odwołujący się żąda modyfikacji treści SIWZ w zakresie wskazanym albo unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 38 ust. 5 ustawy Pzp.

Dnia 13 czerwca 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił IMPEL CLEANING Sp. z o.o. i wniósł o oddalenie protestu. Zdaniem Przystępującego sporne

kryterium jest prawidłowe, zgodne z przepisami ustawy Pzp i w żaden sposób nie dyskryminuje wykonawców, ani nie ogranicza wolnej konkurencji.

Dnia 19 czerwca 2008 r. Zamawiający protest oddalił. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, ocena zaproponowanej technologii i środków będzie dokonana przez członków komisji przetargowej na podstawie przedłożonego przez wykonawcę:

1. Planu Higieny, w zakresie proponowanych środków i ich stężenia użytkowego,
2. wykazu sprzętu (asortymentowego i ilościowego), jakim będzie świadczona usługa,
3. prospektów lub innych materiałów informacyjnych, zawierających opis urządzenia do dezynfekcji nadtleniem wodoru oraz urządzeń myjąco-dezynfekujących do naczyń sanitarnych, jakie zostaną zamontowane u Zamawiającego, pozwalających stwierdzić spełnianie postawionych wymagań,
4. ilościowego zestawienia osób, jakie wykonawca przewiduje do wykonywania usługi, z uwzględnieniem poszczególnych komórek organizacyjnych Zamawiającego i zakresów czynności,
5. próbek (złożonych z ofertą) artykułów higienicznych wykorzystywanych do wykonywania usługi (papier toaletowy, ręczniki papierowe, mydło).

W ww. punktach każdy członek komisji przyzna najkorzystniejszej ofercie maksymalnie 2 pkt, pozostałym ofertom proporcjonalnie/odpowiednio mniej. Przywołany opis uszczegóławia sposób oceny ofert świadczący o tym, że komisja przetargowa nie będzie miała nieograniczonej dowolności w jej kształtowaniu. Specyfika przedmiotu zamówienia nie pozwala na wprowadzenie wzorów matematycznych do oceny ofert. Wszystkie wymienione elementy tworzą obraz sposobu wykonywania usługi a także pozwolą na sprawdzenie, czy umowa realizowana jest zgodnie ze złożoną ofertą, nie tylko cenowo, ale i jakościowo, ponieważ będą stanowiły załącznik do umowy.

Zarzut, że Zamawiający narusza zakaz oceny wiarygodności technicznej wykonawcy przez wprowadzenie do oceny ofert wykazu sprzętu, jakim będzie realizowana usługa jest bezpodstawny, ponieważ Zamawiający nie nakazuje złożenia łącznie z ofertą wykazu sprzętu posiadanego przez wykonawcę, a jedynie pyta o to, jakim sprzętem będzie realizował usługę.

Z rozstrzygnięciem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł dnia 24 czerwca 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Dnia 3 lipca 2008 r. IMPEL CLEANING Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, podtrzymując zarzuty i żądania zgłoszone w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący się wykazał, iż w przedmiotowym postępowaniu jego interes prawny może doznać uszczerbku, gdyż nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia w oparciu o zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Zamawiającego, że zarzuty Odwołującego się są przedwczesne. Postanowienia SIWZ, jeżeli naruszają przepisy Pzp mogą stać się podstawą wnoszonych środków odwoławczych (art. 180 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp zamawiający w SIWZ zobowiązany jest do opisu kryteriów, którymi będzie kierował się przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Kryteriami oceny ofert są albo cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp). W badanym stanie faktycznym Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert (pkt X SIWZ). Obok ceny, będącej obligatoryjnym kryterium, wprowadził drugie kryterium, jakim jest ocena zaproponowanej technologii. Określił też wagę (znaczenie) tych kryteriów i tak odpowiednio dla ceny 70%, natomiast dla spornego kryterium 30%.

Ustalenie kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego. Choć zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak kryteria nie mogą być dowolne i uznaniowe, ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody w arbitralnym wyborze oferty. Przedmiotowe kryteria muszą być sformułowane obiektywnie i należy je stosować jednakowo wobec wszystkich oferentów. Co więcej, zgodnie z przepisem art. 91 ust. 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert mogą odnosić się jedynie do przedmiotu zamówienia, a więc nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (z zastrzeżeniem usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postanowił, iż ocena zaproponowanej technologii i środków będzie dokonana przez członków komisji przetargowej na podstawie przedłożonego przez wykonawcę:

1. wypełnionego w zakresie proponowanych środków i ich stężenia użytkowego Planu Higieny,
2. wykazu sprzętu (asortymentowego i ilościowego), jakim będzie świadczona usługa,
3. prospektów lub innych materiałów informacyjnych, zawierających opis urządzenia do dezynfekcji nadtlenkiem wodoru oraz urządzeń myjąco-dezynfekujących do naczyń sanitarnych, jakie zostaną zamontowane u Zamawiającego, pozwalających stwierdzić spełnianie postawionych wymagań,
4. ilościowego zestawienia osób, jakie wykonawca przewiduje do wykonywania usługi, z uwzględnieniem poszczególnych komórek organizacyjnych Zamawiającego i zakresów czynności,
5. złożonych łącznie z ofertą artykułów higienicznych wykorzystywanych do wykonywania usługi (papier toaletowy, ręczniki papierowe, mydło).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający na podstawie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp jest uprawniony do wskazania, poza ceną, innych kryteriów oceny ofert, których jedynie przykładowy katalog został zawarty w powoływanym przepisie. Zatem, sformułowanie kryterium ocena zaproponowanej technologii i środków nie sprzeciwia się ustawie. Jednakże, Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby subiektywne odczucia i preferencje oceniającego pozostawały bez wpływu na ocenę. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego nie zapewnił. Zamawiający, co prawda określił podkryteria, w ramach spornego kryterium oceny ofert, a więc wskazał, które elementy w zakresie technologii i środków będzie oceniał, jednakże sposób opisanie tych podkryteriów uniemożliwia dokonanie obiektywnej oceny.

W ramach pierwszego podkryterium ocenie podlegać będą środki i ich stężenie ujęte w Planie Higieny. Jak wynika z załącznika nr 1 do SIWZ, chodzi o środki do dezynfekcji i mycia. Zamawiający nie wskazał zatem, jakie cechy produktu będą decydować o uzyskaniu określonej liczby punktów. Każdy z członków komisji przetargowej uprawniony jest więc do oceny na podstawie elementów dla niego istotnych. Wachlarz cech, które mogą wpłynąć na ocenę jest bardzo duży, poczynając od marki, kończąc na składzie.

Kolejne podkryterium dotyczące sprzętu w ujęciu asortymentowo-ilościowym również nie zapewnia obiektywizmu. Zamawiający określił jedynie minimalne wymagania dla sprzętu (pkt 6 SIWZ). Wśród różnego rodzaju sprzętu nie wskazał, jak zwiększenie ilości sprzętu i ewentualne wzbogacenie sprzętu o dodatkowe chociażby funkcje wpłynie na ocenę. Niezależnie od powyższego, należy stwierdzić, że takie podkryterium jest niedopuszczalne, w świetle przepisu art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w ten sposób Zamawiający dokonuje oceny wiarygodności technicznej wykonawcy, a

tymczasem potencjał techniczny, w świetle art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowić może jedynie warunek udziału w postępowaniu.

Sformułowanie kolejnego podkryterium należy uznać za wadliwe. Zamawiający bowiem poddaje ocenie, na podstawie prospektów lub innych materiałów informacyjnych, urządzenie do dezynfekcji nadtleniem wodoru oraz urządzenia myjąco-dezynfekujące do naczyń sanitarnych, pod kątem spełniania postawionych wymagań. Należy zwrócić uwagę, że brak spełniania wymagań Zamawiającego w żądanym zakresie skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W związku z powyższym tak opisane podkryterium nie może się ostać.

Ocenie podlegać będzie również ilościowe zestawienie osób przewidzianych do wykonywania usługi. Z tak opisanego podkryterium nie wynika, czy ewentualne zwiększenie obsady wpłynie na ocenę i w jaki sposób. Niezależnie od powyższego, tak sformułowane podkryterium jest niedopuszczalne, z uwagi na fakt, iż wykaz osób może stanowić jedynie dokument złożony na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, jakim jest warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Nie inaczej należy ocenić ostatnie podkryterium dotyczące artykułów higienicznych, które będą dostarczane w ramach świadczonej usługi. Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby przy ocenie papieru toaletowego, ręczników papierowych czy mydła nie decydowały wyłącznie czynniki subiektywne, niewskazane dodatkowo, choćby w ogólności przez Zamawiającego. Ocena będzie uzależniona od preferencji każdego z członków komisji przetargowej w odniesieniu do cech każdego z produktów (np. kolor, rozmiar, zapach, konsystencja), w ogólności dotyczyć będzie kategorii jakości i estetyki.

Jak z powyższego wynika, Zamawiający określając katalog podkryteriów, które składają się na kryterium oceny zaproponowanej technologii i środków, nie opisał sposobu oceny przedmiotowych podkryteriów w sposób właściwy. Ograniczenie się jedynie do stwierdzenia, że w ramach każdego z podkryteriów, każdy członek komisji przetargowej może przyznać maksymalnie 2 punkty jest niewystarczające. Brak bowiem wskazania podstawy, od której uzależniona jest ocena, nie określono jakie parametry, cechy, ilości zapewnią uzyskanie maksymalnej liczby punktów oraz jak odchylenia w tym zakresie wpłyną na ocenę (punktację). Wykonawca nie ma nawet wiedzy, bowiem sam Zamawiający tego nie rozstrzygnął, jak ewentualne odchylenia wpłyną na ocenę, a w konsekwencji na ilość przyznanych punktów. Nie wiadomo zatem, jakiego rodzaju np. ręcznik papierowy dostanie największą liczbę punktów (2 pkt) i jak brak określonych cech (nie wiadomo też jakich) wpłynie na

punktację (użyty przez Zamawiającego zwrot „proporcjonalnie/odpowiednio” nie daje odpowiedzi na pytanie o ile ewentualnie obniży się nota).

Tak skonstruowany opis oceny spornego kryterium nie zapewnia wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób nie budzący wątpliwości, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia pozostają w niepewności jak oceniane będą oferty, przez co nie jest możliwe ich przygotowanie w taki sposób, aby w maksymalnym stopniu odpowiadały potrzebom Zamawiającego. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, iż jak najbardziej ogólny opis kryteriów oceny ofert nie spowoduje narażenia Zamawiającego na zarzut, iż wskazuje na określoną markę, czy też producenta. Obowiązkiem Zamawiającego jest bowiem opisanie kryteriów oceny ofert w sposób jasny i precyzyjny. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający naruszył również przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż na podstawie żądanych dokumentów m.in. wykazu sprzętu, dokonałby oceny wiarygodności technicznej wykonawcy, co jest w świetle powołanego przepisu niedopuszczalne.

Dodatkowo, Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że w sytuacji, gdy komisja przetargowa składa się z pięciu członków, przyznanie przez każdego z nich noty 2 pkt w ramach każdego z podkryteriów daje 50 pkt, tymczasem waga spornego podkryterium została ustalona na 30%. Zatem należy stwierdzić, że metoda oceny, zarówno w spornym kryterium, jak i w kryterium cena (wprowadzenie do wzoru 10 pkt zamiast 70 pkt) jest nieprawidłowa, bowiem nie zapewnia uzyskania wyniku pozostającego w korelacji z wagami ustalonymi dla poszczególnych kryteriów oceny ofert.

Stwierdzenie wadliwości w przedmiocie kryteriów oceny ofert, powoduje skutek w postaci konieczności unieważnienia postępowania, gdyż modyfikacja treści SIWZ nie może dotyczyć m.in. kryteriów oceny ofert (art. 38 ust. 5 ustawy Pzp). Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a 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).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*