

Sygn. akt: KIO 1810/10

WYROK
z dnia 7 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tom-Marg ZPCH sp. z o.o., ul. Pułk. Stanisława Dąbka 16, 30-732 Kraków** w dniu 23 sierpnia 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Repty” Górnośląskie Centrum Rehabilitacji im. Gen. Jerzego Ziętka, ul. Śniadeckiego 1, 42-604 Tarnowskie Góry**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Repty” Górnośląskie Centrum Rehabilitacji im. Gen. Jerzego Ziętka, ul. Śniadeckiego 1, 42-604 Tarnowskie Góry** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Tom-Marg ZPCH sp. z o.o., ul. Pułk. Stanisława Dąbka 16, 30-732 Kraków** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Repty” Górnośląskie Centrum Rehabilitacji im. Gen. Jerzego Ziętka, ul. Śniadeckiego 1, 42-604 Tarnowskie Góry** na rzecz **Tom-Marg ZPCH sp. z o.o., ul. Pułk. Stanisława Dąbka 16, 30-732 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 7 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1810/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na Świadczenie usług pralniczych, zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Repty” Górnośląskie Centrum Rehabilitacji im. Gen. Jerzego Ziętka, ul. Śniadeckiego 1, 42-604 Tarnowskie Góry zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 222858 - 2010 z dnia 23.07.2010 r.

W dniu 18.08.2010 r. faxem Zamawiający poinformował zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” o wyborze najkorzystniejszej oferty „WOD-CHEM” S. C., ul. Aryleryjska 1, 42-200 Częstochowa zwana dalej: „WOD-CHEM” S. C. Poinformował także o wykluczeniu z udziału w postępowaniu (art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp) oraz odrzuceniu oferty (art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp) Tom-Marg ZPCH sp. z o.o., ul. Pułk. Stanisława Dąbka 16, 30-732 Kraków zwanego dalej: „Tom-Marg ZPCH sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Wyjaśnił, że Tom-Marg ZPCH sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał w dniu 5.08.2010 r. Wykonawcę do uzupełnienia brakującej kopii badań mikrobiologicznych przeprowadzonych w 2010 r., dokumentujących sprawność działania i skuteczność dezynfekcji komory, wykonanych w stacji Sanitarno-Epidemiologicznej, w terminie do dnia 13.08.2010 r. Przedłożone przez Wykonawcę w dniu 12.08.2010 r. dokumenty nie potwierdzają przeprowadzenia w/w badań, a jedynie badań mikrobiologicznych powierzchni komory oraz materaca po dezynfekcji. Badanie wykonano za pomocą płytek odciskowych z meniskiem wypukłym, które wykorzystuje się do oceny czystości mikrobiologicznej powierzchni. Jest to metoda jakościowa. Badaniem, o które chodziło Zamawiającemu jest badanie skuteczności działania komory, którego rezultat jak wynika z załączonego pisma nr SE.IV b-47330/N II/29/10 Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Skarżysku – Kamiennej z dn.11.08.2010r. znany będzie dopiero 23.08.2010r. w konsekwencji czego uzupełnienie dokumentów nie nastąpiło w wyznaczonym przez Wykonawcę terminie.

W dniu 23.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust.1 Pzp, Tom-Marg ZPCH sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i czynność wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w postępowaniu w przedmiotowym postępowaniu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.08.2010 r. (faxem). Działając na podstawie art.180 ust.2 pkt 4 Pzp zarzucił Zamawiającemu obrazę art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art.89 ust.1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału

w postępowaniu aczkolwiek Odwołujący spełnił wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego. Wnosił o

1. uchylenie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu skarżącego z postępowania przetargowego i nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty,
2. orzeczenie o kosztach postępowania wg norm przepisanych.

Zamawiający w pkt X ust.1 lit. b SIWZ wymagał od wykonawców przedłożenia kopii badań mikrobiologicznych przeprowadzonych w 2010 r. dokumentujących sprawność działania i skuteczność dezynfekcji komory, wykonanych w stacji Sanitarno - Epidemiologicznej. (dowód: SIWZ).

Odwołujący przedłożył Zamawiającemu kopie wyników badań:

- a/ próbka czystościowa- materac,
- b/ próbka czystościowa- komora dezynfekcyjna
- c/ zaświadczenie Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Skarżysku Kamiennej z dnia 11.08.2010 r. (dowód: kopie wskazanych dokumentów).

Zamawiający nie zaprzeczył tym faktom. Potwierdza je w piśmie (faks) informującym o wykluczeniu. (dowód: kopia faksu).

Istotą sporu jest odmienna ocena tych samych faktów dokonana przez Zamawiającego oraz Odwołującego. Odwołujący uważa, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ oraz dodatkowym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z 5.08.2010 r. żadnych szczegółowych wymagań w zakresie przeprowadzenia badań mikrobiologicznych. Nie podał w szczególności żadnej metody lub opisu badań jakie mają być wykonane. Wobec faktu, że Odwołujący uczestnicząc w realizacji wielu przedsięwzięć pralniczych, zobowiązany jest do przedstawiania podobnych dokumentów w trakcie postępowania o zamówienia publiczne, uznał, iż przedłożone dokumenty w pełni zaspakajają żądanie Zamawiającego. Próba czystości komory daje odpowiedź o stanie sanitarnym urządzenia, a próba czystości materaca o skuteczności urządzenia. Potwierdza taką tezę wspomniane wcześniej zaświadczenie Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Skarżysku-Kamienna. Wyraźnie podaje się tam, że: „w dniu 6 lipca 2010 r. wykonano badanie materaca uprzednio sterylizowanego w komorze dezynfekcyjnej”. Próba wypadła pomyślnie. (dowód: kopia pisma skarżącego dnia 11.08.2010 r.).

Dla Odwołującego jest oczywistym, że próba polegająca na włożeniu materaca do urządzenia, przeprowadzeniu sterylizacji w komorze dezynfekcyjnej i zbadanie materaca po wyjęciu z urządzenia daje obraz skuteczności urządzenia. W ten sposób wymaganie Zamawiającego zostało wykonane. Zamawiający prezentuje przeciwny punkt widzenia, naszym zdaniem błędny. W cytowanym zaświadczeniu Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Skarżysku-Kamiennej podaje się *in fine*, że prowadzone jest obecnie badanie, na zlecenie skarżącego, skuteczności sterylizacji komory dezynfekcyjnej testami

biologicznymi (Sporal A). Badanie to skarżący zlecił dopiero po wizycie członka Zarządu naszej spółki pana Mieczysława Wrony w siedzibie Zamawiającego w dniu 12.08.2010 r. Tam, przy okazji składania żądanych przez Zamawiającego dokumentów, dowiedział się od przyjmujących go pięciu kobiet, w tym pielęgniarki epidemiologicznej, iż Zamawiającemu chodzi o badania bakteriologiczne testami biologicznymi typu Sporal A. (dowód: przesłuchanie Mieczysława Wrony Kraków ul. Płk. Dąbka 16).

Badania takie trwają kilka dni. Nie było zatem możliwości dostarczyć ich wynik do dnia 13.08.2010 r. jak żądał Zamawiający. Odwołujący uzyskał informację, z których wynika, że badania bakteriologiczne na skuteczność urządzeń są różnego typu i rodzaju. Nie podanie przez Zamawiającego o które mu chodzi, pozostawia wolną rękę w ich wyborze wykonawcy

Żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

W dniu 06.09.2010 r. (wpływ do Prezesa KIO) Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Repty” Górnośląskie Centrum Rehabilitacji im. Gen. Jerzego Ziętka, ul. Śniadeckiego 1, 42-604 Tarnowskie Góry zwany dalej: „Zamawiającym” wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 18.08.2010 r., odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu w pierwszej kolejności potwierdzenia

się zarzutów odnośnie niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona w konsekwencji wykluczenia z udziału w postępowaniu i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy cenowo charakter.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia oferty, uzupełnienia oferty wraz z załącznikami, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 18.08.2010 r., odwołania, odpowiedzi na odwołanie. Izba nie dopuściła jako dowody złożonego na rozprawie przez Zamawiającego pisma z dnia 06.09.2010 r., uznając że nie ma on wpływu na wynik postępowania, gdyż nie dotyczy on przedmiotu sporu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji także odrzucenie jego oferty, Izba uznała za zasadny.

Zamawiający zgodnie z pkt IX: „*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*”, w ppkt 1.1 SIWZ wskazał, że o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust.1 Pzp dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania. Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada opinie właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego zgodną z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 10.11.2006 r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem formalnym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej, stwierdzającą spełnianie wymagań sanitarnych do świadczenia usług pralniczych dla szpitali, spełnianie wymogów z zakresu prania bielizny szpitalnej, stanu sanitarno-technicznego oraz opinie o dopuszczalności środków transportu do przewożenia bielizny szpitalnej. Aby potwierdzić skuteczność działania komory dezynfekcyjnej do materacy – do oferty należy

dołączyć kopię badań mikrobiologicznych przeprowadzonych w 2010 r. dokumentujących sprawność działania dezynfekcyjnej komory, wykonanych w stacji Sanitarно-Epidemiologicznej. Analogiczne postanowienia zawarł w pkt X ppkt 1 lit. B SIWZ.

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą sprawozdanie z badań Nr SE.IV b - 47330/SP/1050/10 (str.11 oferty) – próbka czystościowa – komora dezynfekcyjna. W wyniku uzupełnienia oferty przedłożył tak jak w pierwotnej ofercie – kopie wyników badań: próbka czystościowa – komora dezynfekcyjna, a ponadto próbka czystościowa – materac oraz zaświadczenie Państwowej Stacji Sanitarно-Epidemiologicznej w Skarżysku - Kamiennej z dnia 11.08.2010 r.

W ocenie Izby, w/wkopie badań czynią zadość literalnemu brzmieniu przywołanych powyżej postanowień SIWZ. Zamawiający sam przyznał na rozprawie, że brak jest jakiegokolwiek odniesienia wprost do konieczności badań mikrobiologicznych za pomocą testów biologicznych (Sporal A). Nie było także takiego doprecyzowania w wezwaniu z dnia 05.08.2010 r. Izba nie rozstrzyga, które badanie mikrobiologiczne jest właściwe dla potrzeb Zamawiającego, albowiem nie jest to przedmiotem sporu. Izba podnosi, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek takiego doprecyzowania postanowień SIWZ, aby uniknąć zaistnienia takich sytuacji jak przedmiotowa. Należy bowiem wskazać za ugruntowanym orzecznictwem KIO, że Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych postanowień SIWZ, w szczególności dotyczących sposobu dokonywania oceny spełniania warunku (podobnie w kwestii niejednoznaczności SIWZ – np. wyrok KIO z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1641/09, wyrok KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1154/10, czy też wyrok KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1233/10). Brzmienie postanowień SIWZ, czyni zasadnym stwierdzenie, że złożenie jakichkolwiek kopii badań mikrobiologicznych było dopuszczalne, Zamawiający nigdzie w SIWZ nie zanegował nieprzydatności przedłożenia kopii badań mikrobiologicznych powierzchniowych. Potwierdzając zarazem tak w piśmie z dnia 18.08.2010 r., jak i na rozprawie, że kopie badań przedłożonych przez Odwołującego także mają charakter badań mikrobiologicznych.

Izba podnosi także, że niedopuszczalne jest podtrzymanie nieprecyzyjności postanowień SIWZ w wezwaniu z dnia 5.08.2010 r., co więcej nieprecyzyjność wezwania, w ocenie Izby i użyte sformułowanie: „(..) *przedłożone* (...) *wyniki badań czystościowych nie spełniają w pełnym zakresie warunku* (...)” została pogłębiona. Konieczność precyzyjnego określenia żądania do uzupełnienia brakujących dokumentów jako obciążającego Zamawiającego potwierdza orzecznictwo KIO (por. wyrok KIO z dnia 16.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08), za opinią prawną UZP: „*Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp*” (www.uzp.gov.pl).

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, jednocześnie uznając, że brak

jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty. Odwołujący złożył bowiem ofertę spełniającą warunek udziału z art. 22 ust.1 Pzp biorąc pod uwagę literalne brzmienie postanowień SIWZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba nie uznała wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunku będącego podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....