

WYROK
z dnia 11 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 10 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.P.H. TESS Małgorzata i Sławomir Maksymowicz Spółka jawna, 73-102 Stargard Szczeciński, ul. Gen. Okulickiego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie, Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Spale, 97-215 Inowódz, Spała, ul. Mościckiego 6** protestu z dnia 21 września 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Centralnemu Ośrodkowi Sportu w Warszawie, Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Spale, 97-215 Inowódz, Spała, ul. Mościckiego 6 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia P.P.H. TESS Małgorzata i Sławomir Maksymowicz Spółka jawna, 73-102 Stargard Szczeciński, ul. Gen. Okulickiego 3 i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

2. Kosztami postępowania obciąża Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie, Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Spale, 97-215 Inowódz, Spała, ul. Mościckiego 6 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **P.P.H. TESS Małgorzata i Sławomir Maksymowicz Spółkę jawną, 73-102 Stargard Szczeciński, ul. Gen. Okulickiego 3;**

2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie, Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Spale, 97-215 Inowódz, Spała, ul. Mościckiego 6** na rzecz **P.P.H. TESS Małgorzata i Sławomir Maksymowicz Spółki jawnej, 73-102 Stargard Szczeciński, ul. Gen. Okulickiego 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej na poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **P.P.H. TESS Małgorzata i Sławomir Maksymowicz Spółki jawnej 73-102 Stargard Szczeciński, ul. Gen. Okulickiego 3.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Spale, Spała, ul. Mościckiego 6, 97-215 Inowódz – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy środków do profesjonalnego zmywania i czyszczenia urządzeń gastronomicznych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zm.)

zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 21 września 2009 roku wykonawca P.P.H. TESS Małgorzata i Sławomir Maksymowicz Spółka jawna, ul. Gen. Okulickiego 3, 73-102 Stargard Szczeciński, wniósł protest na czynność zamawiającego, o której powziął wiadomość w dniu 16 września 2009 roku, polegającą na odrzuceniu oferty protestującego jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i przyjęcie oferty SOKO International Polarczyk Tober sp.j.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) zapisów SIWZ dot. wartości pH, składu chemicznego preparatu AGROL KWAŚNY oraz pkt 6.3,
- 2) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- 3) art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 4) art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,
- 5) art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych.

Wskazując na powyższe protestujący zażądał powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przywrócenia jego oferty jako ważnej i zgodnej z SIWZ.

W uzasadnieniu wskazał, że karty charakterystyki preparatów i ulotki sporządzone przez niego zawierają szersze spektrum pH, ale mieszczące się w wymaganiach stawianych przez zamawiającego. Jest to podyktowane możliwościami technologicznymi procesu produkcyjnego w przypadku każdego wyrobu chemicznego dzięki stosowanym regulatorom pH.

Ponadto stwierdził, że zamawiający w Arkuszu cenowym poz. 5 zapisał: „Środek do usuwania kamienia. Płyn kwaśny... szybko działający odkamieniacz na bazie kwasu fosforowego”. Produkt zaoferowany przez protestującego spełnia wymagania SIWZ, ponieważ w składzie chemicznym występuje wymagany przez zamawiającego kwas fosforowy. Zamawiający nie określił pełnego składu chemicznego produktu, jedynie podał jedną z wiodących substancji chemicznych.

Protestujący podniósł ponadto, iż zgodnie z pkt 6.3 SIWZ wykazał wymagane dostawy i załączył stosowne referencje. Przedmiotem dostaw były głównie specjalistyczne środki czystości stosowane w zbiorowym żywieniu, które są dozowane przez urządzenia dozujące.

Zamawiający w przepisany terminie nie rozstrzygnął protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 należy uznać za oddalenie protestu.

W dniu 8 października 2009 roku protestujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

Izba ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał, by wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykonali lub wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem dostawom będącym przedmiotem zamówienia, tj. dostawy środków czystości do mycia i czyszczenia maszyn i urządzeń kuchennych stosowanych poprzez dozowanie środków czystości do urządzeń myjących i o wartości co najmniej 40 tys. zł.

Zgodnie arkuszem cenowym zamawiający wymagał od wykonawców dostawy środka do maszynowego nabłyszczania i płukania naczyń – płynnego, skoncentrowanego obojętnego (pH 6,5-7,5) środka do maszynowego płukania i nabłyszczania zastawy stołowej oraz drobnego sprzętu (poz. 3) oraz środka do usuwania kamienia – płynnego kwaśnego (pH 2-3) szybko działającego odkamieniacza na bazie kwasu fosforowego.

Udzielając odpowiedzi na pytania do SIWZ zamawiający zmienił wymagania dot. odczynu środka do maszynowego nabłyszczania i płukania naczyń ustalając wskaźnik pH w granicach 5-7,5.

W złożonej ofercie odwołujący się przedłożył ulotki płynu do nabłyszczania naczyń, z którego wynikało, iż produkt ten ma odczyn pH 4,5-5,5 oraz preparatu Agrol kwaśny, z

którego wynikało, że preparat ten ma odczyn 1,2-2,2 i w jego skład wchodzi kwas azotowy (54%), kwas fosforowy (75%) i trietanolamina. Ponadto w ofercie znajdował się wykaz wykonanych dostaw, z którego wynikało, iż odwołujący się wykonał dostawę środków czystości chemii specjalistycznej o wartości 177.054,54 zł dla jednostki wojskowej 2980 w Braniewie, środków czystości do utrzymania czystości sprzętu gastronomicznego o wartości 108.299,40 zł dla 6 WOG w Ustce oraz środków czystości higieny i estetyki dla gastronomii

dla KPW w Gdyni. Wszystkie dostawy wykonane były w 2008 roku. Do wykazu załączone zostały referencje potwierdzające należyte wykonanie robót.

Pismem z dnia 16 września 2009 roku zamawiający poinformował odwołującego się o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zamawiający podniósł, że część zaoferowanych produktów nie odpowiada wymogom SIWZ. Poz. 3 arkusza cenowego – płyn do nabyłyszczacza: wskaźnik pH oferowanego produktu wykracza poza zakres określony przez zamawiającego w SIWZ; poz. 5 arkusza cenowego – środek do usuwania kamienia Agrol kwaśny: wskaźnik pH oferowanego produktu wykracza poza zakres określony przez zamawiającego w SIWZ. Ponadto w SIWZ wymagano środka na bazie kwasu fosforowego, natomiast zaoferowany produkt jest mieszaniną kwasu fosforowego i azotowego.

Odnosząc się do podstaw wykluczenia odwołującego się z postępowania zamawiający stwierdził, iż złożone w ofercie nr 2 dokumenty nie potwierdzają spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu. Z dokumentów złożonych w ofercie wynika, że wykonawca realizował dostawy środka czystości do obiektów żywienia zbiorowego, ale w żadnym z dokumentów nie wykazano, że były to środki stosowane przez dozowanie do urządzeń myjących. Ponieważ oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, nie wzywano do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Gdyby odwołujący się nie został wykluczony z postępowania, a jego oferta nie zostałaby odrzucona, oferta odwołującego się mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w przyjętych kryteriach oceny ofert.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaoferowane przez

odwołującego się preparaty, tj. środek do maszynowego nabyłyszczania i płukania naczyń oraz środek do usuwania kamienia Agrol kwaśny mogą mieć odczyn pH mieszczący się w granicach wymaganych przez zamawiającego. Faktem jest, że odwołujący się załączył do oferty ogólne ulotki zaoferowanych produktów, z których wynika, że produkty te mogą mieć odczyn pH wykraczający poza wyznaczone przez zamawiającego limity, jednakże istotne dla niniejszej sprawy jest, iż limity wyznaczone przez zamawiającego oraz te wskazane przez odwołującego się w ulotkach, pokrywają się w części, co umożliwia dostawę preparatów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby istotne znaczenie ma fakt, iż odwołujący się w formularzu ofertowym złożył oświadczenie, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uznał się za związany postanowieniami SIWZ. Nie bez znaczenia jest również załączenie do oferty wypełnionego arkusza cenowego, w którym znalazły się dane wymagane przez zamawiającego.

Odnosząc się do braku zgodności treści oferty z SIWZ w zakresie niewłaściwego składu

środka do usuwania kamienia Agrol kwaśny, Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uznania, iż preparat ten nie spełnia postawionego warunku, by oferowany środek był preparatem na bazie kwasu fosforowego.

Wobec braku w jakimkolwiek miejscu SIWZ bądź w odpowiedziach na pytania do SIWZ informacji, co wykonawcy winni rozumieć poprzez sformułowanie „na bazie” należy odwołać się do potocznego znaczenia użytego zwrotu. Otóż zdaniem Izby dla spełnienia tegoż warunku wystarczyło wykazać, by oferowany preparat zawierał w swoim składzie kwas fosforowy. Bez znaczenia pozostaje zaś, czy kwas fosforowy jest podstawowym składnikiem preparatu ani też, czy oprócz niego w skład wchodzi również inne komponenty. W szczególności zaś nieuprawnione jest stanowisko zamawiającego, iż fakt, że w skład preparatu wchodzi również kwas azotowy powoduje, że preparatu Agrol kwaśny nie można uznać za środek na bazie kwasu fosforowego.

Pełnomocnik zamawiającego przyznał na rozprawie, że informacje dotyczące wymagań w zakresie składu preparatu do usuwania kamienia nie były dość precyzyjne i mogły rodzić wątpliwości co do faktycznych intencji zamawiającego.

W orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07) oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2009 roku (KIO/UZP 832/09).

Tym samym Izba stwierdziła brak podstaw do uznania, iż treść oferty odwołującego się nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego co do zaistnienia podstaw do wykluczenia odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający dla wykazania się stosownym doświadczeniem wymagał dołączenia do oferty wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie.

Odwołujący się załączył do oferty wykaz wykonanych dostaw wraz z wszystkimi informacjami, jakich wymagał zamawiający. Zamawiający nie żądał, by wykaz zawierał również informację, iż przedmiotem dostawy były środki czystości stosowane poprzez dozowanie do urządzeń myjących, w związku z czym wykluczenie wykonawcy na tej podstawie należy uznać za nieuprawnione.

Brak jest również podstaw do przyjęcia, iż takie dane winny wynikać z przedłożonych przez odwołującego się referencji. Zgodnie z pkt 6.3 SIWZ wykonawca miał obowiązek dołączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały przez niego wykonane należycie. Takie postanowienie SIWZ jest zbieżne z treścią § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.).

Tym samym stwierdzić należy, iż zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W związku z tym, że Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, należało orzec jak w sentencji wyroku na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a pkt 2 lit. b i ust. 4 pkt 2 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....