

WYROK

z dnia 19 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2011 r. przez **Delfia Spółkę Akcyjną, 87-100 Toruń, ul. Szosa Lubicka 157 A** od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki we Włocławku – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 87-800 Włocławek, ul. Wieniecka 49**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „HOLLYWOOD” Adam Konieczkowski, Renata Konieczkowska spółki jawnej, 09-200 Sierpc, ul. Bojanowska 2A**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Delfia Spółki Akcyjnej z siedzibą w Toruniu, a także powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciążyć Szpital Wojewódzki we Włocławku, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Delfia Spółkę Akcyjną z siedzibą w Toruniu** tytułem wpisu od odwołania,

1

Sygn. akt KIO 978/11

- 2.2. zasądza od **Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku** na rzecz **Delfia Spółki Akcyjnej z siedzibą w Toruniu** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt KIO 978/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wojewódzki we Włocławku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia *na świadczenie usług w zakresie*

prania białej bielizny szpitalnej (znak DIZ-3-2011).

29 kwietnia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał Odwołującemu – Delfia S.A. z siedzibą w Toruniu – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „HOLLYWOOD” Adam Konieczkowski, Renata Konieczkowska sp. j. z siedzibą w Sierpcu oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, iż wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, a *złożone wyjaśnienia zdaniem Zamawiającego były zbyt ogólne i lakoniczne, a z uwagi na to, że składane przez podmiot zainteresowany w sprawie nie mogą być obiektywne. Zamawiający dodał także, iż każdy z Wykonawców zobowiązany jest do przygotowania dokumentów z należytą starannością tak aby można było w sposób jednoznaczny dokonać oceny ofert.*

9 maja 2011 r. (pismem z 6 maja 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego.
2. Art. 91 ust. 1 poprzez nieuzasadnione wybranie oferty „HOLLYWOOD” A. Konieczkowski, R. Konieczkowska sp. j. z siedzibą w Sierpcu.
3. Art. 7 ust. 1 poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego oraz nieuzasadnione wybranie oferty „HOLLYWOOD” A. Konieczkowski, R. Konieczkowska sp. j. z siedzibą w Sierpcu, a tym samym przeprowadzanie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

3

Sygn. akt KIO 978/11

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp uprawnia zamawiającego do odrzucenia oferty wyłącznie jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Oferta Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”), w tym jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący złożył wszystkie wymagane w s.i.w.z. oświadczenia i dokumenty. Zamawiający nie miał żadnych powodów aby kwestionować zgodność treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z.

Nieuzasadniona jest ocena Zamawiającego, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia były zbyt ogólne i lakoniczne oraz że wyjaśnienia te nie mogą być obiektywne. Przede wszystkim jednak, nawet gdyby tak było, nie uprawniałoby to Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem podstawą do odrzucenia oferty nie może być bowiem treść wyjaśnień składanych przez wykonawcę (ani tym bardziej sama rzekoma ogólnikowość, lakoniczność i nieobiektywność tych wyjaśnień), lecz jedynie niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. Zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym m.in. w wyroku z 24 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1973/10), niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji skutkująca odrzuceniem oferty musi wynikać w sposób niebudzący wątpliwości z treści tych dokumentów i nie może być domniemana. Ponadto, jak słusznie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 772/09), jeżeli nawet zamawiający uznaje, że wyjaśnienia nie odpowiadają jego oczekiwaniom, nie ma podstaw do odrzucenia z tego powodu oferty, nie wykazując na czym polega zarzucany błąd. Odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 ustawy pzp, które zamawiający ma obowiązek wykazać. Podobny pogląd

Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała wielokrotnie, należy go więc traktować jako utrwalony (por. wyrok z 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 662/09; wyrok z 17 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 711/09; wyrok z 22 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 860/09). Co więcej, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca nie ma wcale obowiązku udzielania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp i nawet zupełny brak udzielenia wyjaśnień nie skutkuje odrzuceniem oferty (por. wyrok z 27 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 836/08; wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok z dnia 13 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 141/09; wyrok z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 355/09; wyrok z dnia 5 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1324/09). Skoro więc nawet zupełny brak udzielenia wyjaśnień nie skutkuje odrzuceniem oferty, to udzielenie wyjaśnień, które są rzekomo zbyt ogólnikowe i lakoniczne oraz nieobiektywne, tym bardziej

4

Sygn. akt KIO 978/11

nie może skutkować odrzuceniem oferty.

Zważywszy że odrzucenie oferty Odwołującego było nieuzasadnione, to oferta Odwołującego powinna być wybrana przez Zamawiającego. Jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu jest bowiem cena, a Odwołujący zaoferował najniższą cenę. Oferta Odwołującego jest zatem ofertą najkorzystniejszą. Oferta Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „HOLLYWOOD” A. Konieczkowski, R. Konieczkowska sp. j. nie jest ofertą najkorzystniejszą, dlatego wybór tej oferty przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dokonane przez Zamawiającego czynności stoją również w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji, w tym zasadą równego traktowania wykonawców, naruszając art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Jak bowiem słusznie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 691/10) – każde naruszenie przepisów ustawy mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania stanowi o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie lub ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

12 maja 2011 r. (pismem z 11 maja 2011 r.) Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HOLLYWOOD” Adam Konieczkowski, Renata Konieczkowska sp. j. z siedzibą w Sierpcu (w reakcji na wezwanie wysłane przez Zamawiającego listem poleconym 9 maja 2011 r.) zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i przedstawiając argumentację wziętą pod uwagę przez skład orzekający Izby w zakresie niewykraczającym poza stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do odmowy prawa udziału wykonawcy „HOLLYWOOD” w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art.

5

Sygn. akt KIO 978/11

189 ust. 2 pzp, i przy braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący, natomiast Odwołujący podtrzymał wniesione odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15 lutego 2011 r. pod nr 2011/S_31-051430. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.szpital.wloclawek.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, a ponieważ Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert – ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego i wybór oferty Przystępującego, naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., pytań i odpowiedzi do s.i.w.z., oferty Odwołującego, pism zawierających kierowane przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień i odpowiedzi udzielone przez Odwołującego, a także z protokołu postępowania. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

6

Sygn. akt KIO 978/11

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z powołaniem się na sprzeczność treści tej oferty z treścią s.i.w.z.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby, podzielał go utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Wobec tego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne jest, czy Zamawiający wykazał, iż z treści oferty Odwołującego wynika zaoferowanie świadczenia nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach s.i.w.z.

Nie budzi wątpliwości, iż w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający nie podał żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na sprzeczność treści złożonej przez Odwołującego oferty z treścią obowiązującej w postępowaniu s.i.w.z. Lakoniczne uzasadnienie faktyczne dokonanej z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp czynności, zawiera, po pierwsze – enigmatyczne odniesienie się do wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego, wskazujące na ich negatywną ocenę przez Zamawiającego, jako *lakonicznych*, ogólnikowych i *nieobiektywnych*. Po drugie – Zamawiający ogólnikowo zarzucił Odwołującemu przygotowanie oferty w sposób uniemożliwiający jej jednoznaczną ocenę. Zamawiający nie przywołał, nie tylko żadnych konkretnych postanowień s.i.w.z., ale również nie wskazał żadnych elementów treści oferty Odwołującego, które pozostawałyby ze sobą w relacji nieusuwalnej sprzeczności. Już sam brak podania przez zamawiającego przyczyn

7

Sygn. akt KIO 978/11

podjęcia względem wykonawcy czynności uniemożliwiającej mu dalszy udział w postępowaniu, może przesądzać o zasadności odwołania wniesionego przez takiego wykonawcę. W niniejszej sprawie Zamawiający dopiero na rozprawie podał merytoryczne przyczyny, którymi kierował się odrzucając ofertę Odwołującego.

Skład orzekający lzby stwierdził, iż wyrażone przez Zamawiającego na rozprawie powody odrzucenia oferty Odwołującego, w ogóle nie odpowiadają dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający wskazał bowiem na domniemaną niezgodność oferty Odwołującego z postanowieniem pkt. 3 lit. b rozdziału VI s.i.w.z. Zgodnie brzmieniem tego postanowienia: *Celem potwierdzenia spełniania warunku określonego w rozdziale V pkt 3 Zamawiający żąda złożenia następujących dokumentów: wykaz maszyn pralniczych i maszyn do dezynfekcji bielizny szpitalnej, w tym również wykaz sprzętu przeznaczonego do dezynfekcji poduszek i materacy gąbkowych nie zanieczyszczonych materiałem biologicznym (tj. komora dezynfekcyjna), którymi Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował o łącznym przerobie minimum 20 000 kg na miesiąc. Zamawiający wymaga aby maszyny pralnicze wyposażone były w automatyczne systemy dozujące środki piorące i dezynfekcyjne oraz urządzenia kontrolujące parametry procesu prania i dezynfekcji, wg Załącznika nr 7 do SIWZ. W rozdziale V pkt 3 wskazano natomiast, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Natomiast Załącznik nr 7 pn. Posiadany sprzęt techniczny konieczny do wykonania zamówienia, stanowi przygotowany przez Zamawiającego wzór dokumentu stanowiącego konkretyzację dokumentu wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 4 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. Nr 226, poz.1817). We wzorze tym Zamawiający przewidział złożenie przez wykonawcę oświadczenia, że dysponuje w pełni sprawnymi urządzeniami i sprzętem wymienionym w tabeli, w której poszczególnych kolumnach należało wpisać: nazwę sprzętu, ilość, wsad/wydajność, rok produkcji i formę władania.*

Dopiero na skutek zadawanych w toku rozprawy pytań, Zamawiając wskazał także na postanowienie § 2 ust. 1 punktor 6 wzoru umowy zawartego w rozdziale XVI s.i.w.z. Skład orzekający lzby z urzędu ustalił, iż jest to postanowienie umowy, która ma być zawarta w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego, które odpowiada brzmieniu postanowienia pkt. 3 punktor 6 rozdziału III s.i.w.z. Zgodnie z tymi postanowieniami przedmiot zamówienia obejmuje również *dezynfekcję poduszek i materacy gąbkowych (nie*

8

Sygn. akt KIO 978/11

zanieczyszczonych materiałem biologicznym) w komorze dezynfekcyjnej z wbudowanym rejestratorem i drukarką parametrów, w przypadku zanieczyszczenia materiałem biologicznym, ww asortyment będzie podlegał procesowi prania i dezynfekcji. W toku rozprawy niesporne było między stronami, iż Zamawiający na skutek zadanego pytania do

treści s.i.w.z., pismem z 4 marca 2011 r., wskazując, iż działa zgodnie z art. 38 ust. 2 i 4 pzp, złagodził powyższe wymaganie przez udzielenie następującej odpowiedzi: *Tak. Wyrażamy zgodę, aby dezynfekcja materacy nie zanieczyszczonych materiałem biologicznym, odbywała się w komorze dezynfekcyjnej bez wbudowanego rejestratora i drukarki parametrów.*

Jednocześnie Zamawiający podniósł na rozprawie, iż stwierdzona przez niego niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami pkt. 3 lit. b rozdziału VI s.i.w.z. wiąże się ze wskazaniem przez Odwołującego, w załączonym do oferty *Wykazie urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, komory dezynfekcyjnej „Spoina”, o wydajności 240 sztuk, wyprodukowanej w 2004 r., własność ZUP sp. j. Henryka Różalska, Katarzyna Karasiewicz. Zdaniem Zamawiającego podanie tylko nazwy producenta nie jest rzetelną informacją dotyczącą parametrów urządzenia, ponieważ nie zawiera podstawowych danych (m.in. typ komory dezynfekcyjnej), dzięki którym można dokonać właściwej oceny tak urządzenia jak i jego funkcjonowania* – jak to już wcześniej Zamawiający stwierdził w piśmie z 27 kwietnia 2011 r. Zamawiający podtrzymał na rozprawie również inne swoje twierdzenie wyrażone w tym piśmie, iż *zrezygnował z wymogu posiadania rejestratora parametrów, nie może jednak zrezygnować z kontroli skuteczności procesów dezynfekcyjnych gdyż naraziłby w ten sposób Szpital na straty związane z ryzykiem wystąpienia zakażeń, co mogłoby spowodować dalsze ujemne konsekwencje materialne.* Jak to wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający wzywał trzykrotnie, to jest 7, 21 i 27 kwietnia 2011 r., Odwołującego do wyjaśnień, wskazując za każdym razem, iż działa zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby przebieg rozprawy, a także treść wezwań do wyjaśnień kierowanych do Odwołującego jednoznacznie wskazują, iż Zamawiający zupełnie nie odróżnia sformułowanych przez siebie warunków udziału w postępowaniu od opisu przedmiotu zamówienia, a zatem nie jest w stanie stwierdzić, czy w istocie zarzuca Odwołującemu niezgodność treści złożonej oferty z treścią opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania z punktoru 6 pkt. 3 rozdziału III s.i.w.z., czy też chodzi o niespełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, którego opis sposobu dokonania oceny został wskazany w pkt. 3 lit. b rozdziału VI s.i.w.z. Pomimo błędnie wskazywanego w pismach z 7, 21 i 27 kwietnia 2011 r., jako podstawy prawnej wyjaśnień, przepisu art. 87 ust. 1 pzp, z

9

Sygn. akt KIO 978/11

treści wezwań wynika, iż dotyczyły one w istocie przedstawionego przez Odwołującego wykazu maszyn, a konkretnie komory dezynfekcyjnej *Spoina* przeznaczonej do dezynfekcji poduszek i materacy gąbkowych niezanieczyszczonych materiałem biologicznym – a zatem właściwą ich podstawą prawną był przepis art. 26 ust. 4 pzp, służący wyjaśnieniu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten może być również stosowany do wyjaśniania treści dokumentów składanych przez wykonawców na potwierdzenie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, jednak takich dokumentów odnośnie urządzeń do dezynfekcji poduszek i materacy gąbkowych niezanieczyszczonych materiałem biologicznym Zamawiający nie zażądał w pkt. 6 rozdziału VI s.i.w.z. Jednak Zamawiający domagał się jednocześnie w tych wezwaniach od Odwołującego, aby z wykazu odpowiadającego załącznikowi nr 7 do s.i.w.z. wynikało zarówno potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu z pkt. 3 lit. b rozdziału VI s.i.w.z., jak i to, że oferowana usługa będzie wykonywana w sposób określony w punktorze 6 pkt. 3 rozdziału III s.i.w.z. Takie żądanie Zamawiającego nie znajduje oparcia ani w przepisach ustawy pzp, ani w postanowieniach sformułowanej przez niego s.i.w.z.

Zatem Odwołujący w swoich pismach z 26 i 28 kwietnia 2011 r. wskazał zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, iż z brzmienia postanowienia pkt. 3 lit. b rozdziału VI s.i.w.z. wynika, iż wymaganie wyposażenia w automatyczne systemy dozujące środki piorące i dezynfekcyjne oraz urządzenia kontrolujące parametry procesu prania i dezynfekcji, zostało określone przez Zamawiającego w stosunku do maszyn pralniczych, a nie maszyn do dezynfekcji. Nadto skład orzekający Izby podziela stanowisko Odwołującego z rozprawy, iż Zamawiający nie sprecyzował w treści zawartego w tym postanowieniu opisu sposobu

dokonywania oceny spełniania warunku, jakie urządzenia kontrolujące parametry procesu prania i dezynfekcji będzie uznawał za spełniające jego wymagania. Ze sformułowania językowego drugiego zdania zawartego w lit. b pkt. 3 rozdziału VI s.i.w.z. wynika co prawda, iż w tym zakresie Zamawiający odsyła do załącznika nr 7 do s.i.w.z., który jednak w istocie nie zawiera w tym zakresie żadnych informacji uszczegółowiających. Dopiero na rozprawie Zamawiający wskazał, iż jego intencją było, aby był to automatyczny system kontrolujący i rejestrujący permanentnie procesy dezynfekcyjne, a nie proste urządzenia pomiarowo-kontrolne umożliwiające jedynie operatorowi komory dezynfekcyjnej ręczną kontrolę nad czasem, ciśnieniem i temperaturą procesów w niej zachodzących. Zdaniem składu orzekającego Izby istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest to, że te intencje Zamawiającego, niezależnie od tego czy są związane z troską o dobro pacjentów, nie znalazły odzwierciedlenia w przywołanym postanowieniu s.i.w.z., dotyczącym opisu sposobu spełnienia warunku dotyczącego dysponowania przez wykonawców odpowiednim

10

Sygn. akt KIO 978/11

potencjałem technicznym. Zamawiający nie ma zatem podstaw by domagać się od Odwołującego wykazania, iż komora *Spoina* z wykazu załączonego o oferty dysponuje takim automatycznym systemem rejestrującym i kontrolującym permanentnie parametry procesu dezynfekcji, wobec braku sprecyzowania takiego wymagania w s.i.w.z. i ogłoszeniu o zamówieniu. Wreszcie trafne jest stanowisko Odwołującego wyrażone w piśmie z 26 kwietnia 2011 r., iż z przepisu art. 25 ust. 1 pzp wynika, iż Zamawiający nie ma prawa żądać od niego dodatkowych dokumentów takich jak paszport, książka serwisowa czy aktualny przegląd komory dezynfekcyjnej, gdyż nie zażądał ich w postanowieniach s.i.w.z.

Skład orzekający Izby zważył bowiem, iż ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy odczytywaniu znaczenia tych postanowień należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażen i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego.

Z przebiegu postępowania wynika, iż przed złożeniem ofert w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym również w treści projektowanych postanowień umowy

11

Sygn. akt KIO 978/11

w sprawie zamówienia publicznego, 4 marca 2011 r. Zamawiający wprost odstąpił od swojego pierwotnego wymagania (wyrażonego w pkt. 3 punktor 6 rozdziału III s.i.w.z.), aby

dezynfekcja poduszek i materacy gąbkowych (niezanieczyszczonych materiałem biologicznym) odbywała się w komorze dezynfekcyjnej z wbudowanym rejestratorem i drukarką parametrów. Skład orzekający Izby zważył, iż stało się to w odpowiedzi na pytanie zainteresowanego wykonawcy, który wskazał, po pierwsze – iż wbudowany rejestrator i drukarka parametrów służą do pozyskania informacji na temat przebiegu procesu dezynfekcji, nie stanowią jednak potwierdzenia skuteczności tego procesu. W drugiej kolejności wykonawca ten podniósł, iż dezynfekcja w posiadanej przez niego komorze niewyposażonej w takie urządzenia jest przeprowadzana prawidłowo i w pełni skutecznie, co potwierdzają cykliczne kontrole właściwego oddziału Sanepidu, wystawiającego pozytywne opinie na temat czystości mikrobiologicznej dezynfekowanych wyrobów. Zamawiający mógł i powinien zatem mieć w pełni świadomość, iż odstąpienie od powyższego wymogu będzie prowadziło do dopuszczalności wykonywania zamówienia po zawarciu umowy w taki właśnie sposób. Nawet gdyby zatem Zamawiający rzeczywiście, a nie wyłącznie w swojej intencji, *pozostawił* (zawarł) w pkt. 3 lit. b rozdziału VI s.i.w.z. wymaganie takiego lub *alternatywnego systemu kontroli* (jak to określono w wezwaniu z 21 kwietnia 2011 r.), czy *innego systemu kontroli skuteczności dezynfekcji* (jak to określono w wezwaniu z 27 kwietnia 2011 r.), to w żaden sposób nie mógłby domagać się by taki system był używany przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia. Rola warunków udziału w postępowaniu, pozwalających na ustalenie kręgu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, kończy się bowiem definitywnie z chwilą zakończenia tego postępowania i zawarcia umowy. Treść tej umowy wyznaczają natomiast merytoryczne postanowienia treści oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. Zupełnie nieadekwatne jest zatem rozumowanie prezentowane przez Zamawiającego, iż treść warunku udziału w postępowaniu ma bezpośrednio zagwarantować mu realizację świadczenia w sposób, od którego wprost odstąpił w treści opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym w treści postanowień umowy, którą zawarł z wyłonionym w wyniku postępowania wykonawcą.

Stwierdzona niezasadność odrzucenia oferty Odwołującego przesądza również o zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 pzp, gdyż wybrana oferta nie jest najkorzystniejsza. Natomiast dokonane bez wskazania odpowiedniego uzasadnienia odrzucenie oferty Odwołującego naruszyło także zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie miał prawa preferować Przystępującego kosztem Odwołującego, wyłącznie z tego powodu, że jeden z nich nie udzielił wyjaśnień zgodnych z intencją Zamawiającego, która nie została poprawnie odzwierciedlona w postanowieniach s.i.w.z.

12

Sygn. akt KIO 978/11

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 pzp i art. 7 ust. 1 miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

13