

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 maja 2008 r

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Grzegorz Misina

Sędziowie: SSO Grażyna Jeziorowska

SSO Olga Gornowicz-Owczarek (spr.)

Protokolant: sekr.sądowy Agnieszka Szwedura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2008 r. w Katowicach
sprawy z odwołania Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie
przeciwko Zespołowi Opieki Zdrowotnej w Pszczynie

przy udziale przystępującego do postępowania Konsorcjum firm: Impel
Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital
Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie
z dnia 20 marca 2008 r.

1. oddała skargę;
2. zasądza od skarżącej Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie na rzecz zamawiającego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Pszczynie kwotę 3.617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego;
3. zasądza od skarżącej Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie na rzecz przystępującego Konsorcjum firm: Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 5.417 zł (pięć

sygn. akt KIO/UZP 205/08

tysięcy czterysta siedemnaście złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

I" Ł.

Sygn. akt XIX Ga 170/08

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 20 marca 2008r. oddaliła odwołanie wykonawcy Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie i obciążyła go kosztami postępowania.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało ogłoszone przez zamawiającego Zespół Opieki Zdrowotnej w Pszczynie pod nazwą „Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Zespołu Opieki Zdrowotnej w Pszczynie”. W dniu 11.02.2008r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie jako najkorzystniejszej. Czynność tą oprotestowało Konsorcjum firm Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu (lider Konsorcjum) i Hospital Serwis Sp. z o.o. we Wrocławiu. Konsorcjum zarzuciło, iż wybrany wykonawca powinien zostać wykluczony, gdyż jego oferta zawierała nieprawdziwe dane na temat jego doświadczenia, a także nie spełniała wymogów SIWZ. Do postępowania toczonego na skutek wniesienia protestu przystąpił wykonawca Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie. Zamawiający pismem z dnia 27.02.2008r. częściowo uwzględnił protest Konsorcjum. Uznał bowiem, iż Spółdzielnia nie spełniła warunku doświadczenia i nie wykonała w wymaganym okresie usług odpowiadającym usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Nadto oferta Spółdzielni nie spełniała wymogów SIWZ w zakresie zaoferowania środka Alcodor, który jest wyłącznie środkiem myjącym, a nie dezynfekującym i nie zaoferowała środków myjących do utrzymania czystości w kuchenkach oddziałowych w zakresie zmywarek, które w tych kuchniach się znajdują.

Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie złożyła odwołanie od decyzji zamawiającego w części uwzględniającej protest i zarzuciła zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych wnosząc o uwzględnienie odwołania poprzez oddalenie protestu w całości.

Odwołujący podniósł, iż spełnił warunek wykazania się odpowiednim doświadczeniem, gdyż zamawiający wymagał przedstawienia wykazu wykonania trzech usług o podobnym charakterze, bez odniesienia do ich wartości, a wykonawca przedstawił wykaz czterech takich prac. W swojej ofercie zapewnił też środki myjące i dezynfekujące, choć te drugie zostały ujęte w innej części oferty, co było zgodne z treścią SIWZ. Odwołujący kwestionował też zarzut o braku wskazania środków myjących do zmywarek. Według niego rodzaj środka jest uzależniony od producenta zmywarek, gdyż użycie dowolnego środka mogłoby doprowadzić do powstania uszkodzeń w urządzeniu. Powołał się na treść projektu umowy, w której odwołujący zobowiązuje się do zapewnienia odpowiednich środków myjących do zmywarek znajdujących się w kuchenkach oddziałowych. Możliwe też jest zmywanie ręczne, a do takich czynności odwołujący przewidział odpowiednie środki. W odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołujący podniósł także, iż ewentualne stwierdzone braki podlegałyby uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, czego

jednak zamawiający przed rozstrzygnięciem protestu nie uczynił.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło Konsorcjum wnosząc o oddalenie odwołania.

Po zbadaniu dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie jest zasadne w odniesieniu do dwóch pierwszych zarzutów, jednak trzeci zarzut nie był zasadny, a uwzględnienie braku ujęcia w ofercie środków do zmywania w zmywarkach powoduje niezgodność oferty z SIWZ i jej odrzucenie. Wobec tego odwołanie w konsekwencji podlega oddaleniu, gdyż odwołujący naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 pzp.

Podzielając pogląd zamawiającego w zakresie niezgodności z SIWZ oferty odwołującego z powodu nie ujęcia w niej środków myjących do zmywarek, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż istnieją przesłanki do odrzucenia oferty.

Za chybione Krajowa Izba Odwoławcza uznała twierdzenie odwołującego, że obsługa kuchenek oddziałowych, w tym mycie w zmywarkach, nie jest objęta usługą sprzątania wewnątrz szpitala i budynku administracji według programu higieny szpitalnej. Powołując się na rozdział III pkt 4 i 5 SIWZ oraz załącznik nr 6 SIWZ Izba wskazała, iż pod pojęciem świadczenia specjalistycznych usług sprzątania i całodobowego utrzymania czystości rozumie się kompleksowe, całodobowe utrzymanie czystości oraz dezynfekcję pomieszczeń, a także specjalistyczne, gruntowne doczyszczanie powierzchni w razie potrzeby. W zakresie pomieszczeń, których ma dotyczyć sprzątanie wskazuje się także kuchnie oddziałowe, które z kolei znalazły swoją definicję w odrębnym punkcie SIWZ (pkt 6). Z definicji tej wynika, że w zakresie sprzątania kuchni wchodzi obsługa zmywarek. Fakt, że zamawiający w odrębnym punkcie sprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem obsługi kuchni oddziałowych, nie świadczy o wyłączeniu tych czynności z zakresu usług sprzątania bieżącego, okresowego czy gruntownego według programu higieny szpitalnej. A wobec tego należy wnioskować, iż wykonawcy zobowiązani byli do wskazania konkretnego środka myjącego do zmywarek. Nie powinno też nastręczać trudności ustalenie rodzaju tych środków, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż wykonawcy mieli obowiązek przeprowadzenia wizji lokalnej w szpitalu. Nie przemawia też za stanowiskiem odwołującego okoliczność, że zamawiający powinien dopuścić każdy środek zaproponowany przez wykonawców, skoro odwołujący się w swojej ofercie nie wskazał żadnego.

Nie podzieliła też Krajowa Izba Odwoławcza stanowiska odwołującego, iż brak w ofercie środków do zmywarek mógł zostać uzupełniony w trybie art.

26 ust. 3 pzp, który to przepis odnosi się do uzupełnienia dokumentów o charakterze podmiotowym i przedmiotowym służącym ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Takie uzupełnienie prowadziło do zmiany treści oferty, co jest zakazane przepisem art. 87 ust. 1 pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

Na powyższy wyrok skargę złożyła Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i wniosła o jego uchylenie i uwzględnienie odwołania poprzez oddalenie protestu oraz zwrot kosztów postępowania odwoławczego i skargowego. Zarzuciła naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez błędne przyjęcie, że brak środka do zmywarek w dokumencie „Program Higieny Szpitalnej” świadczy o niezgodności oferty z treścią SIWZ oraz art. 26 ust. 3 pzp poprzez uznanie, że dokument „Program Higieny Szpitalnej” nie podlega uzupełnieniu w tym trybie.

W uzasadnieniu skargi wykonawca podniósł, iż „Program Higieny Szpitalnej” obejmował usługi sprzątnia i dezynfekcji (rozdział III pkt 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.10, pkt 4 i 5), natomiast pozostałe czynności, a w tym obsługa kuchenek oddziałowych, się w nim nie mieściły. Według skarżącego, czym innym jest sprzątnie i dezynfekcja pomieszczeń, jakimi są kuchnie oddziałowe, a czym innym obsługa zmywarek, która wiąże się z żywieniem pacjentów. Na poparcie swojego stanowiska skarżący powołał się na pismo Urzędu Statycznego o klasyfikacji czynności mycia naczyń do usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego, a nie do usług sprzątnia czy dezynfekcji. Ponadto skarżący złożył w ofercie zobowiązanie o dostarczaniu odpowiednich środków do zmywarek, a sama Krajowa Izba Odwoławcza przyznała, że zamawiający powinien dopuścić każdy środek zaproponowany przez wykonawcę.

Dodatkowo skarżący podniósł, iż nawet w razie stwierdzenia takiego braku dokument „Program Higieny Szpitalnej” powinien zostać uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż dokument ten był żądany na potwierdzenie, że oferowana usługa spełnia wymagania określone przez zamawiającego.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie i zwrot kosztów postępowania skargowego. Podtrzymał swoje stanowisko o konieczności ujęcia w „Programie Higieny Szpitalnej” środków do zmywarek.

Do postępowania przystąpiło także Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu (lider Konsorcjum) i Hospital Serwis Sp. z o.o. we Wrocławiu, które także wniosło o oddalenie skargi i zwrot kosztów postępowania skargowego.

Zamawiający poinformował także, iż skarżący, mimo wezwania przez zamawiającego, nie przedłużył wymaganego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wadium. Przedłożone przez skarżącego wadium w postaci gwarancji bankowej utraciło ważność z dniem 16.04.2008r. i skarżący nie przedłużył go na dalszy okres. W tej sytuacji zamawiający wniósł o umorzenie postępowania.

Na rozprawie zamawiający poinformował, iż z informacji przez niego uzyskanych gwarancja bankowa została przedłużona, ale dowiedział się o tym za pośrednictwem faksu trzy tygodnie na upływie ważności poprzedniej gwarancji (w dniu 6.05.2008r.). Z tego powodu zamawiający wniósł o odrzucenie skargi, gdyż skarżący utracił przymiot wykonawcy. Wniosek ten poparł przystępujący.

Skarżący podał, iż o przedłużeniu gwarancji powiadomił faksem 15.04.2008r., a pisemnie dopiero 6.05.2008r., ale, jego zdaniem, kwestia wadium nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie nie mogła odnieść zamierzonego skutku i podlegała oddaleniu.

Wniosek o odrzucenie skargi nie był uzasadniony, choć kwestia braku przedłożenia przedłużonego wadium ma także istotne znaczenie dla rozpoznania skargi.

Wniesienie wadium jest ściśle związane z instytucją wprowadzoną przez prawo zamówień publicznych w postaci terminu związania ofertą. Związanie ofertą istnieje tak długo, jak długo wykonawca udzieli ważnego wadium, gdyż udzielone wadium zabezpiecza ofertę (art. 45 i 46 pzp). Brak przedłużenia wadium powoduje, że okres związania ofertą nie jest przedłużony w razie składania środków odwoławczych (art. 85 ust. 4 pzp), a to z kolei skutkuje niemożnością zawarcia z konkretnym wykonawcą ważnej umowy w trybie

udzielenia zamówienia publicznego (art. 94 ust. 1 pzp).

Wadium powinno być wniesione na cały okres związania ofertą - przedstawienie gwarancji lub poręczenia na okres krótszy niż wskazany przez zamawiającego termin związania ofertą będzie skutkowało wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Zamawiający w przypadkach wskazanych w ustawie ma obowiązek zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium na wydłużony okres. Artykuł 85 ust. 2 pzp pozwala zamawiającemu zwrócić się o przedłużenie terminu związania ofertą. Zgodnie wykonawcy powinna towarzyszyć czynność wydłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Ze względu na zawieszenie terminu związania ofertą wynikające z wniesienia protestu, podobnie w art. 181 ust. 2a pzp przewidziano obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie ważności wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Z cytowanych powyżej przepisów wynika, iż brak przedłożenia wadium na przedłużony okres powoduje, iż związanie wykonawcy ofertą nie ulega wydłużeniu. Oferta taka, a nie skarga, podlega obligatoryjnemu odrzuceniu. Nie powoduje jednak utraty przynależności wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie czy też utraty interesu prawnego, jaki musi posiadać wykonawca w chwili wnoszenia środka odwoławczego. Nie ma zatem żadnych podstaw prawnych od odrzucenia skargi. Zaznaczyć przy tej okazji należy, że brak interesu prawnego lub legitymacji czynnej do wniesienia konkretnego środka prawnego są przesłankami o charakterze materialnym, a nie formalnym, a wobec tego, w razie stwierdzenia ich braku żądanie zostaje oddalone.

Jak wynika z ustaleń, zamawiający w niniejszym postępowaniu spełnił wymogi art. 181 ust. 2 a pzp i zażądał przedłużenia wadium na okres wystarczający do rozstrzygnięcia protestu. Poprzednie wadium w postaci gwarancji bankowej zostało udzielone przez skarżącego do dnia 16.04.2008r. Wykonawca, który został powiadomiony o wniesionym proteście, a co za tym idzie, o zawieszeniu terminu związania ofertą powinien przedłożyć w formie przez siebie wybranej wadium na dalszy okres, do czasu zakończenia postępowania toczącego na skutek wniesienia protestu. Wadium to niewątpliwie powinno zostać przedłożone zamawiającemu najpóźniej do dnia upływu ważności poprzedniego wadium, czyli w niniejszym przypadku do dnia 16.04.2008r. Nie jest spełnieniem wymogów przedłużenia wadium uzyskanie gwarancji bankowej na dalszy okres, ale bez przekazania jej w odpowiednim terminie zamawiającemu. Przedłużenie wadium musi bowiem następować pod tymi samymi warunkami jak samo złożenie wadium (patrz art. 45 ust. 3 pzp) i w taki sam sposób zabezpieczać ofertę. Zamawiającemu musi być dostarczony oryginał gwarancji w terminie przed upływem ważności poprzedniego wadium. Wprawdzie skarżący podnosił, iż zawiadomił zamawiającego za pośrednictwem faksu o przedłużeniu gwarancji bankowej w dniu 15.04.2008r., ale okoliczności tej nie udowodnił. Zamawiający zaprzeczył i przedstawił faks przesłany dopiero dnia 6.05.2008r. Stąd nie sposób uznać, że twierdzenia skarżącego w tym zakresie zasługują na akceptację.

Brak ważnego wadium na dzień orzekania przez Sąd Okręgowy, którego wniesienie jest obligatoryjne, powinno być brane pod uwagę z urzędu. Nie jest bowiem możliwe zawarcie z wykonawcą, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, ważnej umowy, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia naruszyłoby przepisy ustawy w taki sposób, że miałyby to wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 pzp).

Poza zaistnieniem przesłanek do wykluczenia skarżącego wykonawcy, Sąd Okręgowy uznał, iż zarzuty odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie są zasadne. Nie jest kwestionowane, że do zadań wykonawcy należało

zmywanie naczyń w kuchniach oddziałowych, a jeżeli były one wyposażone w zmywarki, to przy ich użyciu. Sąd Okręgowy podziela pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż zmywanie przy użyciu zmywarek wchodziło w zakres usług sprzątania bieżącego, okresowego czy gruntownego. Wynika to niewątpliwie z treści SIWZ. Poza zacytowanymi przez Krajową Izbę Odwoławczą fragmentami SIWZ dodać należy, iż w jego części I została zawarta definicja programu higieny sanitarnej. Wynika z niej, iż dokument powinien wymieniać częstotliwość dezynfekowania oraz mycia pomieszczeń, kryteria doboru preparatów myjąco - dezynfekujących i sprzętu dla poszczególnych stref higienicznych. W ramach procedur higienicznych niezbędne było wskazanie materiałów do wykonania czynności. Skarżący w ogóle nie uwzględnił w dokumencie środków do mycia zmywarek. Uwzględnił natomiast środki do mycia ręcznego. Jednocześnie potwierdził, że był świadomy, iż mycie naczyń w zmywarkach należy od zakresu jego obowiązków. Niczym nieuzasadnione byłoby wyłączenie środków do tej wyłącznie czynności z zakresu sprzątania. Obsługa kuchенок oddziałowych została przez zamawiającego ujęta całościowo, a w zakres ich sprzątania wchodziło nie tylko mycie podłóg, co wyróżnia skarżący, ale także obsługa zmywarek (porównaj powołany przez KIO rozdz. III pkt 5 i 6 SIWZ). Fakt, iż czynności w postaci sprzątania i zmywania naczyń są odmiennie klasyfikowane przez Urząd Statystyczny nie może wpływać na zakres przedmiotu zamówienia, który w tym wypadku nie budzi wątpliwości.

Tego rodzaju brak nie mógł zostać uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 pzp, jak utrzymuje to skarżący. Instytucja uzupełnienia dokumentów dotyczy

wyłącznie dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 pzp. Są to dokumenty wykazujące podmiotowe spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty, które potwierdzają, że oferowane dostawy lub usługi spełniają wymogi postawione przez zamawiającego (na przykład certyfikaty produktów). Jednocześnie zawsze należy mieć na względzie brzmienie art. 87 ust. 1 pzp, który zakazuje stosowania instytucji uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdyby doszło do zmiany treści umowy. Wezwanie do uzupełnienia dokumentu „Program Higieny Szpitalnej” o dopisanie środków myjących do zmywarek stanowiłoby właśnie taką zmianę oferty. Wykonawca bowiem w ogóle nie umieścił w spisie takich środków, nie sposób zatem mówić o uzupełnieniu w kierunku wykazania, iż wymieniony środek spełnia wymagania zamawiającego, a tylko takie wezwanie spełniałoby wymogi art. 26 pzp. Wobec tego zarzut o naruszeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 26 ust. 3 pzp należy uznać za chybiony.

Z powyższych powodów Sąd Okręgowy oddalił skargę na podstawie art. 198 ust. 2 zdanie pierwsze pzp jako bezzasadną. O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 kpc i rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

RETARZ