

WYROK

z dnia 31 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2012 r. przez Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie,

przy udziale Aspen Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącej sprzeciw względem uwzględnienia odwołania przez zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, Szpitalowi Miejskiemu Specjalistycznemu im. Gabriela Narutowicza w Krakowie, powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu na specjalistyczne sprzątnięcie i całodobowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach szpitalnych oraz segregację odpadów komunalnych i medycznych na terenie Szpitala, w tym odrzucenie oferty Aspen Sp. z o.o. w Krakowie jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża Aspen Sp. z o.o. w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Aspen Sp. z o.o. w Krakowie na rzecz Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu, kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na specjalistyczne sprzątnięcie i całodobowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach szpitalnych oraz segregację odpadów komunalnych i medycznych na terenie Szpitala.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 17.07.2012 r. w Dz. Urz. UE pod nr S 135-225533.

W dniu 11.10.2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, tj. o wyborze oferty Aspen Sp. z o.o. w Krakowie (zwanej dalej „Aspen”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 22.10.2012 r. Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu (zwanej dalej „Impel”) wniosła odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 186 ust. 3 poprzez nie wykluczenie Aspen oraz nie odrzucenie jej oferty, pomimo uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Impel w dniu 12 września br.
2. art. 26 ust. 3 poprzez wadliwe wezwanie Aspen do uzupełnienia dokumentów.
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez nie odrzucenie oferty Aspen pomimo, że zaistniało szereg jednoznacznych okoliczności nakazujących podjęcie takiej decyzji, które to zamawiający potwierdził uznając odwołanie wniesione przez Impel w dniu 12 września br.
4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Aspen,
- nakazanie zamawiającemu dokonania uprzednio zaniechanych czynności, polegających na wykluczeniu Aspen i odrzuceniu jej oferty,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- nakazania zamawiającemu dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 186 ust. 3 Ustawy PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia Aspen oraz odrzucenia jej oferty, pomimo uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 12 września br., wskazano co następuje:

W dniu 3 września 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że w wyniku rozstrzygnięcia przetargu została wybrana oferta Wykonawcy Aspen sp. z o.o.

W dniu 12 września 2012 r. Odwołujący złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż w jego ocenie, czynność wyboru oferty Aspen sp. z o.o. była wadliwa, ponieważ Zamawiający dokonując wyboru oferty Wykonawcy Aspen sp. z o.o. dopuścił się naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy PZP i tym samym wybrany wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania, a złożona oferta winna zostać odrzucona.

W dniu 26 września 2012 r.. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania. Zamawiający podał, że po przeanalizowaniu treści odwołania uznał za zasadną podniesioną tam argumentację i postanowił uwzględnić w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wobec powyższego, w opinii Odwołującego, Zamawiający uznając za zasadną podniesioną w odwołaniu argumentację i uwzględniając w całości zarzuty w nim przedstawione, w tym zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 Ustawy PZP poprzez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Aspen sp. z o.o. pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące Zamawiającemu podjęcie takiej decyzji oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy PZP poprzez nie odrzucenie oferty Aspen sp. z o.o. pomimo, że zaistniało szereg jednoznacznych okoliczności nakazujących Zamawiającemu podjęcie takiej decyzji, powinien, zgodnie z żądaniami Odwołującego, unieważnić swoją decyzję w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Aspen sp. z o.o. oraz dokonać uprzednio

zaniechanych czynności, polegających na wykluczeniu wykonawcy - Aspen sp. z o.o. i odrzuceniu oferty złożonej przez Aspen sp. z o.o.

W opinii Odwołującego konsekwencją umorzenia postępowania po uwzględnieniu przez zamawiającego całości zarzutów podniesionych w odwołaniu powinno być wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Tymczasem Zamawiający postąpił wbrew obowiązującemu stanowi prawnemu i wystąpił o uzupełnienie dokumentów, których nie można uzupełniać w momencie uznania całości zarzutów odwołania, zgodnie z art. 186 ust. 3 Ustawy PZP.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez błędne wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz przepisu art. 89 ust. 1 ustawy odwołujący wskazał, co następuje:

Zdaniem Odwołującego wezwanie przez Zamawiającego w dniu 4 października 2012 r. wykonawcy Aspen sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów w celu wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w tym w szczególności: planu higieny wraz z procedurami i instrukcjami dostosowanego do zakresu zamawianej usługi i organizacji Szpitala, harmonogramu pracy oraz wykazu środków czystości, dezynfekcyjnych i chemicznych do realizacji usługi, naruszało art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, gdyż ww. dokumenty stanowiły integralną część oferty, nie podlegającą uzupełnieniu, a stwierdzone braki w wyżej wymienionych dokumentach dołączonych do oferty, przesądzały jednoznacznie o podstawie odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie przepisu art. 89 ust 1 pkt. 2 Ustawy PZP.

W ocenie Odwołującego, uzupełnienie dokumentów potwierdzających cechy oferowanych produktów, usług czy robót budowlanych nie może prowadzić do zmiany treści złożonej oferty - zmiany zaoferowanego produktu, usługi czy sposobu wykonania robót budowlanych, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 Ustawy PZP tj.: prowadzenia między Zamawiającym, a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonanie zmian w jej treści innych niż poprawienie oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych.

W opinii Odwołującego czynność wezwania Wykonawcy Aspen sp. z o.o. do uzupełnienia m.in.: planu higieny wraz z procedurami i instrukcjami dostosowanego do zakresu zamawianej usługi i organizacji Szpitala, harmonogramu pracy oraz wykazu środków czystości, dezynfekcyjnych i chemicznych do realizacji usługi należy uznać za bezskuteczną. a co się z tym wiąże ocenie powinny podlegać dokumenty pierwotne, a nie uzupełnione na

skutek wezwania Zamawiającego, które to nie odpowiadały treści SIWZ i stanowiły podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy PZP.

Mimo tego, że jak wynika z treści SIWZ plan higieny wraz z procedurami i instrukcjami dostosowanego do zakresu zamawianej usługi i organizacji Szpitala, harmonogramu pracy oraz wykazu środków czystości, dezynfekcyjnych i chemicznych został wymieniony w pkt. 7 SIWZ „wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie podleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy i innych wymaganych dokumentów”, to w ocenie Odwołującego nie są to dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i ze względu na ich charakter, pomimo umieszczenia ich w pkt. 7 SIWZ, dokumenty te nie mogą one podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP.

Zdaniem Odwołującego, w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia plan higieny sporządzony na podstawie załącznika nr 2 do SIWZ według wzoru stanowiącego załącznik nr 2A do SIWZ (pkt. 7.4. wiersz 1 SIWZ), harmonogram pracy oraz wykazu środków czystości, dezynfekcyjnych i chemicznych do realizacji usługi są częścią oferty, a nie dokumentem w rozumieniu art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 Ustawy PZP, podlegającym uzupełnieniu zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Ustawy PZP.

Zdaniem Odwołującego wymagany plan higieny szpitalnej określający zakres realizacji świadczenia usługi stanowił, integralną część oferty. I tak, zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO, plan higieny nie stanowi dokumentu podlegającego uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP. gdyż zawiera informacje na temat sposobu wykonania zamówienia i stanowi treść oferty, która nie może być w jakikolwiek sposób modyfikowana.

Odwołujący podkreślił, że w zakresie niezgodności treści oferty złożonej przez Aspen sp. z o.o. z treścią SIWZ wskazać należy na szeroki katalog istotnych niezgodności mających bezpośredni wpływ na wykazanie czy oferta odpowiada na przedmiot zamówienia opisany postanowieniami SIWZ i jest porównywalna z innymi ofertami złożonymi w przetargu.

Odwołujący pragnie przypomnieć, że Zamawiający wymagał aby wykonawcy załączyli do składanej oferty Szczegółowy plan higieny (patrz pkt. 7.4. SIWZ poz. 1 tabeli). Plan higieny zgodnie z postanowieniami SIWZ musiał zostać sporządzony zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2a do SIWZ.

Tymczasem wykonawca Aspen sp. z o.o. sporządził Plan higieny w sposób niezgodny z wymogami Zamawiającego jakie określono w treści SIWZ.

Wykonawca nie wskazał w pierwotnym planie higieny, pomimo nałożenia na niego takiego obowiązku, numeru procedury, względnie instrukcji, zgodnie z którą dana czynność zawarta w planie higieny jest wykonywana. Odwołujący podkreślił, że wykonawca Aspen sp. z o.o. uzupełnił powyższe braki dopiero w wyniku modyfikacji planu higieny stanowiącego

integralną część oferty, po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP. Tymczasem plan higieny nie stanowi dokumentu podlegającego uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP. gdyż zawiera informacje na temat sposobu wykonania zamówienia i stanowi treść oferty, która nie może być w jakikolwiek sposób modyfikowana.

W konsekwencji, ocenie powinien podlegać pierwotny Plan higieny, który został sporządzony niezgodnie z wymogami SIWZ, co potwierdza zaistnienie okoliczności wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP.

Ponadto, załączony do oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. pierwotny Plan higieny nie uwzględniał szeregu wymaganych treścią SIWZ czynności objętych przedmiotem zamówienia opisanym w treści załącznika nr 2 do SIWZ od strony 1 do 16.

Odwołujący wskazał, w jego ocenie najistotniejsze, z pominiętych czynności w pierwotnej ofercie Aspen, które stanowiły nie tylko o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ale również wpływały na koszty realizacji zamówienia oraz zmiany jakie zostały wprowadzone do planu higieny po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, co w opinii odwołującego stanowiło naruszenie przepisu art. 26 ust.3:

- Strona 113 oferty ASPEN sp. z o.o. - brak czynności bieżącego uzupełniania dozowników na mydło w płynie i ręczników papierowych, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 9.

- Strona 115 oferty - wykonawca ASPEN sp. z o.o. nie uwzględnił uzupełniania dozowników na mydło i ręczniki papierowe, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 10.

Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wykonawca Aspen sp. z o.o. dodał czynności bieżącego uzupełniania dozowników na mydło w płynie i ręczników papierowych.

- Strona 115 oferty ASPEN sp. z o.o. - nie uwzględniono czynności sprzątania na żądanie, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 10

Dezynfekcja niewielkich powierzchni, sprzętu i obuwia operacyjnego skażonego materiałem biologicznym na polecenie zespołu operacyjnego

Wymierna wkładów workowych w .ssakach (w trakcie zabiegów operacyjnych)."

Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wykonawca uwzględnił uprzednio pominięte czynności sprzątania na żądanie.

- Strona 119 oferty ASPEN sp. z o.o. - W pozycji „kosze na odpady” wykonawca ASPEN sp. z o.o. uwzględnił opróżnianie tylko raz dziennie, a zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ strona 10, „Strefa ciągłego skażenia punkt 3, zamawiający wymagał opróżniania koszy z odpadami z wymianą worków foliowych dwa razy dziennie.

Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wykonawca dokonał modyfikacji oferty i zapewnił opróżniania koszy z odpadami z wymianą worków foliowych dwa razy dziennie.

- Strona 119 oferty - wykonawca ASPEN sp. z o.o. pominął mycie i dezynfekcję wyłączników, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 10

Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wykonawca Aspen sp. z o.o. dodał słowo „wyłączników”.

- Strona 119 oferty ASPEN sp. z o.o. - w poz. „lustra” oraz „parapety” pominięto sprzęt przeznaczony do wykonania usługi, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 10

Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wykonawca Aspen sp. z o.o. uwzględnił sprzęt przeznaczony do wykonywania powyższej usługi.

- Strona 120 oferty - w ofercie wykonawcy ASPEN sp. z o.o. nie uwzględniono mycia i dezynfekcji podajników na ręczniki jednorazowego użytku, oraz ich uzupełniania, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 10

- Strona 123 oferty - wykonawca ASPEN sp. z o.o. pominął uzupełnianie dozowników na mydło w płynie, ręczniki jednorazowego użytku, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 10.

- Strona 124 oferty - wykonawca ASPEN sp. z o.o. w swojej ofercie przewidział mycie i dezynfekcję dla sprzątnia gruntownego wyłącznie po porodzie, co oznacza, że w przypadku braku porodów w wannie, lub porodów rzadszych niż raz w tygodniu, wykonawca ASPEN sp. z o.o. nie spełni minimalnego warunku postawionego w SIWZ (Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ, oraz zapisem na stronie 11 SIWZ „Mycie i dezynfekcja wanien z hydromasażem 1 raz w tygodniu, w przypadku, kiedy wanny nie są używane.”), o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 11.

- Strona 126 oferty - wykonawca ASPEN sp. z o.o. pominął mycie i dezynfekcję stolików zabiegowych, uzupełniania dozowników na mydło i ręczniki papierowe, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 11

- Strona 126 oferty ASPEN sp. z o.o. - pominięto „SPRZĄTANIE NA ŻĄDANIE, o którym mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 12

Dezynfekcja niewielkich powierzchni, sprzętu i obuwia (kaloszy) skażonego materiałem biologicznym na polecenie zespołu porodowego.

- Strona 131 oferty - w ofercie wykonawcy ASPEN sp. z o.o. nie ujęto uzupełniania pojemników na mydło w płynie, o którym mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 12

Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wykonawca Aspen sp. z o.o. uwzględnił uprzednio pominięte czynności w swojej ofercie i dokonał zmian w zaproponowanym wcześniej planie higieny.

- Strona 138 oferty ASPEN sp. z o.o. - pominięto sprzęt przeznaczony do wykonania usługi odkurzania wykładzin, dywanów, chodników, o który mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 14

Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wykonawca Aspen sp. z o.o. uwzględnił uprzednio pominięty sprzęt w swojej ofercie.

- Strona 149 oferty ASPEN sp. z o.o. - brak uzupełnienia dozowników na mydło w płynie, i podajników na ręczniki, o którym mowa w załączniku nr 2 do SIWZ na stronie 15

Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wykonawca Aspen sp. z o.o. uwzględnił uprzednio pominięte czynności w swojej ofercie.

Dodatkowo, zgodnie z pkt. 7.4 SIWZ (tabela poz. 1) „Szczegółowy plan higieny sporządzony przez Wykonawcę na podstawie załącznika nr 2 do specyfikacji wg wzoru stanowiącym załącznik nr 2A do SIWZ." w związku z którym wszystkie czynności również - strona 8, 13, 15 załącznik nr 2 do SIWZ „czynności wykonywane w zależności od potrzeby w części „BIAŁEJ”, Czynności wykonywane w zależności od potrzeby w bloku operacyjnym i w trakcie porodowym, oraz Czynności wykonywane w zależności od potrzeby w części „szarej” i „szarej biurowo-administracyjnej” powinny być rozpisane wg załącznika 2A.

Tymczasem wykonawca ASPEN sp. z o.o. w swojej pierwotnej ofercie nie wskazał sprzętu, procedury, określenia preparatu do mycia i dezynfekcji dla wymienionych czynności. W związku z powyższym opis czynności np.

- Usuwanie zanieczyszczeń związanych z awariami urządzeń wodno - kanalizacyjnych itp.
- Powierzchnie i sprzęty np. windy, stoły, szafy wykonane ze stali nierdzewnej muszą być myte, czyszczone i pielęgnowane preparatami przeznaczonymi do mycia i konserwacji w/w sprzętu.
- Rozmrażanie, mycie wewnątrz i dezynfekcja zamrażarek i lodówek (nie rzadziej niż 1 raz w miesiącu). Lodówki i zamrażarki do mycia przygotowują pracownicy Szpitala (opróżnianie z produktów w nich przechowywanych np. produktów leczniczych).
- Doczyszczanie po robotach malarskich i remontach.
- Usuwanie zanieczyszczeń związanych z awariami urządzeń wodno - kanalizacyjnych itp.
- Rozmrażanie, mycie wewnątrz i dezynfekcja zamrażarek i lodówek (nie rzadziej niż 1 raz w miesiącu). Lodówki i zamrażarki do mycia przygotowują pracownicy Szpitala (opróżnianie z produktów w nich przechowywanych np. produktów leczniczych).

- Szorowanie kratki ściekowych.
- Mycie i dezynfekcja wózków mobilnych, jak również mycie i dezynfekcja desek ortopedycznych.
- Czyszczenie sprzętu komputerowego
- Mycie, dezynfekcja, czyszczenie, pranie żaluzji/wertikali wraz z demontażem.

- nie potwierdzało spełnienia warunków pkt. 7.4 ppkt. 1 SIWZ.

Wykonawca Aspen sp. z o.o., dopiero po wezwaniu przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, dokonał zmian w ofercie poprzez uzupełnienie brakujących informacji w szczegółowym planie higieny, co zdaniem Odwołującego jest niezgodne z przepisem art. 26 ust. 3 Ustawy PZP.

Na stronie 61, 67, 75, 76, 83, 89, 93, 94, 102, 103, 104, 106, 110, 114, 115, 117, 126, 129, 137, 145, 146 oferty ASPEN sp. z o.o. - wiersz „podłogi” wykonawca ASPEN sp. z o.o. nie uwzględnił kolorystyki mopa. Zgodnie z załącznikiem 2 punkt 6 do SIWZ sprzęt ręczny powinien być zgodny z zapisem procedury dla czynności mycia i dezynfekcji w strefie ciągłej czystości mycia i dezynfekcji. Wykonawca uwzględnił kolorystykę mopa, dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP.

Zamawiający w pkt 7/7.4/9 SIWZ wymagał przedłożenia do oferty W załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający wskazał zakres czynności objętych przedmiotem zamówienia, w ramach którego do obowiązków Wykonawcy należy mycie podłóg we wszystkich sprzątanym pomieszczeniach. Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie 6 z dnia 23 lipca 2012r. (pismo nr ZP/40/2032/4) Zamawiający potwierdził, iż w jego obiektach występują podłogi przewodzące ładunki elektrostatyczne. Wskazać należy, iż do mycia i konserwacji tego typu powierzchni należy stosować preparaty specjalnie do tego celu przeznaczone. ASPEN sp. z o.o. w swojej ofercie nie zaproponował preparatu, którym można by w sposób prawidłowy wykonać czynność mycia podłóg przewodzących ładunki elektrostatyczne. Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, a Wykonawca nie będzie w stanie zrealizować wszystkich czynności objętych przedmiotem zamówienia.

Wykonawca Aspen sp. z o.o. zaproponował preparat do mycia podłóg przewodzących ładunki elektrostatyczne, dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP przez Zamawiającego, poprzez dodanie osobnego folderu w „wykazie środków czystości, dezynfekcyjnych i chemicznych do realizacji usługi - załącznik nr 4 do SIWZ”.

Zamawiający w pkt. 3.1. SIWZ tabela poz. 4-7 wymagał konkretnie określonego czasu pracy. Tymczasem załączony do oferty Aspen sp. z o.o. harmonogram czasu pracy nie określa czasu pracy osób zatrudnionych w poszczególnych komórkach organizacyjnych Zamawiającego. W konsekwencji harmonogram czasu pracy załączony do oferty Aspen sp. z o.o. nie potwierdzał spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego.

Aspen sp. z o.o. podaje w załączonym do pierwotnej oferty Harmonogramie czasu pracy, że do zabezpieczenia oddziałów, poradni, ciągów komunikacyjnych, części administracyjnej (w tym serwis nocny) zapewni 65 osób (patrz str. 151 oferty Aspen sp. z o.o.).

Podana przez wykonawcę Aspen sp. z o.o. ilość osób nie wypełnia wymogów wynikających z treści SIWZ ponieważ nie zabezpiecza obsługiwanych komórek organizacyjnych Zamawiającego. W związku z powyższym oferta wykonawcy Aspen sp. z o.o. nie odpowiada na minimalne zapotrzebowanie określone w treści SIWZ.

Pierwotny harmonogram pracy załączony do oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. jednoznacznie wskazywał na niespełnienie wymogów Zamawiającego odnośnie ilości osób jaka musiała zostać zatrudniona do wykonywania usługi sprzątnięcia zgodnie z postanowieniami SIWZ. Stwierdzone niezgodności potwierdzały, że oferta złożona przez Aspen sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji powinna zostać odrzucona.

Odwołujący przedstawił zestawienie niezgodności treści oferty w zakresie ilości osób zatrudnionych do realizacji poszczególnych obszarów przedmiotu zamówienia z wymogami SIWZ oraz po zmianach wprowadzonych do harmonogramu pracy po wezwaniu wykonawcy Aspen do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, co w opinii Odwołującego jest niedopuszczalne w świetle obowiązującego stanu prawnego:

- Zgodnie z pkt. 3.1 tabela poz. 23 SIWZ „Zamawiający wymaga wydzielonego personelu do realizacji zadań utrzymania czystości z dezynfekcją i czynności pomocniczych w:

- a) Blokach Operacyjnych,
- b) Bloku Porodowym,
- c) OIOM,
- d) Oddziale Noworodków i Wcześnieiaków."

W proponowanym przez wykonawcę Aspen sp. z o.o. harmonogramie pracy Oddział Noworodków i wcześniaków został połączony z Oddziałem Ginekologiczno - Położniczym. Powyższe jednoznacznie wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i powinno skutkować odrzuceniem oferty Aspen sp. z o.o. w przeciwnym bowiem wypadku wybór wykonawcy zostaje dokonany z rażącym naruszeniem obowiązującego stanu prawnego. Pomimo tego, iż harmonogram pracy w jego opinii, nie jest, dokumentem podlegającym uzupełnieniu w zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, wykonawca Aspen sp. z o.o.,

na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, dokonał jego modyfikacji poprzez rozdzielenie, uprzednio połączonego Oddziału Noworodków i wcześniaków z Oddziałem Ginekologiczno - Położniczym, a ponadto wbrew wymaganiom SIWZ, założył na Oddziale Noworodków i wcześniaków 1 osobę, gdzie Zamawiający zgodnie z wymaganiami SIWZ oczekuje zaangażowania w wymiarze ponad 2 etaty (usługa wykonywana całą dobę 7 dni w tygodniu).

- na Blokach Operacyjnych strefa „zielona” wykonawca Aspen sp. z o.o. pierwotnie założył 4 osoby, natomiast Zamawiający zgodnie z wymaganiami SIWZ oczekiwał zaangażowania w wymiarze ponad 4 etaty (usługa wykonywana całą dobę 7 dni w tygodniu). Dodatkowo zgodnie z pkt. 3.1 tabela poz. 23 SIWZ Zamawiający wymaga wydzielonego personelu dla Bloków Operacyjnych oraz zgodnie z zał. nr 2 str. 9 „Osoby sprząające muszą być dostępne 24 godziny na dobę w liczbie zapewniającej ciągłość wykonywania zabiegów operacyjnych (wykluczenie przestojów). Nie mogą opuszczać bloku operacyjnego bez informowania Pielęgniarki Oddziałowej / Kierownika Jednostki. Osoby sprząające nie mogą w trakcie dyżuru sprząać powierzchni szarych i białych.” W konsekwencji na podstawie zapisów zawartych w ofercie Aspen sp. z o.o. nie jest możliwe wykonywanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w treści SIWZ. Zatem bezsprzecznie oferta złożona przez Aspen sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ. Wykonawca Aspen sp. z o.o. po wezwaniu Zamawiającego, wbrew przepisowi art. 26 ust. 3 dokonał modyfikacji swojej oferty, poprzez wydzielenie personelu dla Bloków Operacyjnych, jednakże nadal pozostawiając na Blokach Operacyjnych strefa „zielona” 4 osoby, gdzie Zamawiający zgodnie z wymaganiami SIWZ oczekiwał zaangażowania w wymiarze ponad 4 etaty (usługa wykonywana całą dobę 7 dni w tygodniu).

- Zgodnie z pkt. 3.1 tabela poz. 5 SIWZ Zamawiający wymaga aby w strefie „zielonej” usługa realizowana była całą dobę przez wszystkie dni tygodnia. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 26.07.2012r. (odpowiedź 1) oraz odpowiedzią z dnia 27.07.2012r. (odpowiedź nr 19) Endoskopia Urologiczna to osobna strefa „zielona” i nie może być sprząana przez osobę z Bloku Operacyjnego. W konsekwencji takiego określenia wymagań SIWZ odnośnie zakresu czasochłonności i zakresu prac, przewidziana w ofercie Aspen sp. z o.o. 1 (jedna) osoba nie może, zapewnić pracy w osoby 24h dziennie przez 7 dni w tygodniu. Odwołujący. Odwołujący podkreśla, że powyższą niezgodność z wymaganiami określonymi w treści SIWZ, Wykonawca Aspen sp. z o. o. poprawił, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego, co w opinii Odwołującego jest niezgodne z przepisem art. 26 ust. 3 Ustawy PZP.

- W Budynku Głównym, Sterylizatornia Aspen przewidział do wykonania usługi 1 osobę natomiast zgodnie z wymaganiami SIWZ pkt.3.1 tabela poz. 4 Wykonawca winien był

zabezpieczyć wykonanie usługi 7 dni w tygodniu w godz. 6.00-18.00, czyli założyć do obsługi ponad 2 etaty. Brak minimalnej obsady stanowi istotne naruszenie wymogów SIWZ.

- Do obsługi pomieszczeń RTG+ Poradnia Urazowo-Ortopedyczna wykonawca Aspen sp. z o.o. przewidział 1 osobę, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ pkt 3.1 tabela poz. 4 ponieważ Zamawiający wymaga zapewnienie wykonywania usługi 7 dni w tygodniu od 6.00-18.00. co wymusza zaangażowanie w wymiarze ponad 2 etaty.

- W celu zabezpieczenia oddziałów: Urologii, Otolaryngologii, Intensywnej Opieki Medycznej i Anestezjologii, Urazowo-Ortopedycznym, Dziecięcym, Budynek Ks. Siemaszki - parter (Oddział Neurologii, pracownia EEG Neurologii, Pomieszczenia Działu Rehabilitacji Medycznej, poradnia Koloproktologii, poradnia Chir. Chemioterapii, poradnia Onkologiczna) oraz Zakład Diagnostyki Laboratoryjnej zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał co najmniej jednego stanowiska 12h (od 6.00- 18.00) przez 7 dni w tygodniu co daje ponad 360 godz. miesięcznie. Powyższy zakres prac wymaga zaangażowania powyżej 2 etatów. Tymczasem w ofercie Aspen sp. z o.o. przewidziano wyłącznie 2 etaty.

Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wykonawca Aspen sp. z o.o. wyjaśnił, że w Budynku Głównym, Sterylizatorni, do obsługi pomieszczeń RTG + Poradni Urazowo-Ortopedycznej oraz w celu zabezpieczenia oddziałów; Urologii, Otolaryngologii, Intensywnej Opieki Medycznej i Anestezjologii, Urazowo-Ortopedycznym, Dziecięcym, Budynek Ks. Siemaszki - parter (Oddział Neurologii, pracownia EEG Neurologii, Pomieszczenia Działu Rehabilitacji Medycznej, poradnia Koloproktologii, poradnia Chir. Chemioterapii, poradnia Onkologiczna) oraz Zakładzie Diagnostyki Laboratoryjnej, zapewnił pracowników zatrudnionych na umowy zlecenie, jednakże w ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy Aspen sp. z o.o., mimo niedopuszczalnych zdaniem Odwołującego modyfikacji harmonogramu pracy jest nadal niezgodna z wymaganiami SIWZ.

W ocenie Odwołującego, przyjmując, że wykonawca Aspen sp. z o.o. zatrudnia osoby na umowy zlecenie, to osoby te - biorąc pod uwagę wymogi SIWZ - musiałyby pracować bez żadnych przerw po 12 godzin dziennie. Tytułem przykładu Odwołujący chciałby przywołać wymogi Zamawiającego dotyczące obsady osobowej na Endoskopii Urologicznej, gdzie Zamawiający wymaga 24h obsady przez 7 dni w tygodniu, co daje łączną liczbę godzin w miesiącu ok. 7301). W ofercie wykonawcy Aspen sp, z o.o. po dokonanych zmianach względem pierwotnego harmonogramu pracy na jedną osobę wypada 365h (1 etat to 168h/mc) czyli dana osoba winna pracować bez przerw po 12 godzin dziennie.

- W Harmonogramie pracy pierwotnie załączonym do oferty Aspen sp. z o.o. Sala Zabiegowa SOR została przeniesiona do 1 tabeli opisującej harmonogram części „białej” natomiast w rzeczywistości znajduje się w części „zielonej”, zgodnie z zał. nr 1 - wykaz pomieszczeń. Wykonawca Aspen sp. z o.o. założył 7 osób do obsługi budynku Ks.

Siemaszki parter „0”, ale nie przewidział osobnego personelu dla Sali Zabiegowej SOR. Zgodnie z opisem zawartym na str. 2 zał. nr 2 dla części „białej” „Osoby sprząające w liczbie zapewniającej ciągłość usługi nie mogą opuszczać przypisanej jednostki w strefie „białej” bez informowania Pielęgniarki Oddziałowej / Kierownika Jednostki. Nie mogą w trakcie dyżuru sprząać powierzchni „zielonej” i „szarej” oraz opisem dla części „zielonej” zał. 2 str. 9 „Osoby sprząające muszą być dostępne 24 godziny na dobę w liczbie zapewniającej ciągłość wykonywania zabiegów operacyjnych (wykluczenie przestojów). Nie mogą opuszczać bloku operacyjnego bez informowania Pielęgniarki Oddziałowej / Kierownika Jednostki. Osoby sprząające nie mogą w trakcie dyżuru sprząać powierzchni szarych i białych.”. W związku z powyższym zgodnie z wymaganiami SIWZ połączenie tych dwóch stref nie było możliwe.

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, wykonawca Aspen sp. z o.o. dokonał zmian w pierwotnym harmonogramie pracy i rozdzielił personel przewidziany do obsługi budynku Ks. Siemaszki parter od personelu do obsługi Sali Zabiegowej SOR i przewidział do jej obsługi 3 osoby, co w opinii Odwołującego również stanowi ingerencję w treść oferty i stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy PZP.

- Połączenie Działu Rehabilitacji Medycznej w budynku „Zębiec” z poradniami w Budynku Głównym - parter oraz zabezpieczenie jedną osobą w rzeczywistości nie może zagwarantować wymagań SIWZ zawartych w pkt. 3.1 tabela poz. 4 tj. zapewnienia usługi w godz. 6.00 - 18.00 we wszystkie dni tygodnia, gdyż wymaga to zaangażowania w wymiarze ponad 2 etaty. Tymczasem wykonawca Aspen sp. z o.o. zapewnia 1 osobę (jeden etat).

Ponadto wykonawca Aspen sp. z o.o. na bloku porodowym i w sali cięć cesarskich w pierwotnej ofercie wskazywał 5 osób, natomiast po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów dokonał zmiany organizacji pracy, pozostawiając 4 osoby na bloku porodowym i w sali cięć cesarskich i przesuwając 1 os. przesunięta na endoskopię, co również w opinii Odwołującego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Reasumując, odwołujący wskazał, iż złożony przez wykonawcę Aspen sp. z o.o. pierwotny plan higieny, wraz z procedurami i instrukcjami dostosowanego do zakresu zamawianej usługi i organizacji Szpitala, harmonogram pracy oraz wykaz środków czystości, dezynfekcyjnych i chemicznych do realizacji usługi, były niezgodne z wymaganiami SIWZ. W konsekwencji w opinii Odwołującego, tak oferowany zakres usługi był niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia i nie podlegał zmianie, co wynika również z treści przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy PZP, zabraniającego dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty.

Tym samym uznając, że plan higieny wraz z procedurami i instrukcjami dostosowanego do zakresu zamawianej usługi i organizacji Szpitala, harmonogramu pracy oraz wykazu środków

czystości, dezynfekcyjnych i chemicznych do realizacji usługi, jest elementem oferty, a nie dokumentem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp oraz biorąc pod uwagę wykazany powyżej istotny zakres niezgodności oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. z treścią SIWZ. odwołujący podtrzymał stanowisko o zasadności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Aspen sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Odwołujący zgodnie ze stanem faktycznym przedstawił w odwołaniu adekwatne postanowienia SIWZ i treść oferty wybranej, co zostało zrelacjonowane powyżej.

Ponadto Izba ustaliła, iż w ramach opisu przedmiotu zamówienia (pkt 3.3.1 ppkt 2 SIWZ) zamawiający wymagał od wykonawcy opracowania szczegółowego planu higieny utrzymania czystości wraz z procedurami i instrukcjami, dostosowanego do zakresu zamawianej usługi i organizacji szpitala, zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ (Plan higieny) i aktualnymi przepisami i przedstawienia go wraz z ofertą (pkt 7.4.1 SIWZ). Wzór „Szczegółowego planu higieny...” stanowił załącznik nr 2A do SIWZ.

Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy (zał. nr 8 do SIWZ), przyjęto, iż wykonawca przedstawił plan higieny utrzymania czystości wraz z procedurami i instrukcjami stanowiący załącznik nr 2A do umowy, a według § 4 ust. 1 wykonawca wykonywać miał umowę zgodnie z ww. szczegółowym planem higieny.

Poprzednie postępowanie odwoławcze dotyczące niniejszego zamówienia, oznaczone sygn. akt KIO 1937/12, zostało umorzone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2012 r. W ramach wskazanego postępowania odwoławczego zamawiający uwzględnił odwołanie Impel, w którym domagano się m.in. odrzucenia oferty Aspen jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W dalszej kolejności, podając zgodnie z art. 196 ust. 4 Pzp materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia, należy przytoczyć treść przepisów ustawy, do których przyjdzie odwołać się w trakcie procesu wykładni i rekonstrukcji norm prawnych znajdującej zastosowanie w rozpatrywanej sytuacji.

I tak, zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Nadto, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym

upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Według dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Według powyższego zastrzeżenia, dozwolone, a nawet obligatoryjne, jest więc wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawienie oferty w sytuacji opisanej w dyspozycji tego przepisu: zamawiający poprawia w ofercie – inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe – omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Ponadto, według art. 186 ust. 3 Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przy czym zgodnie z art. 185 ust. 6 Pzp, odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3. Natomiast według art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy

ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Przystępując do rozpatrywania poszczególnych zarzutów odwołania, stwierdzić należy, iż w świetle ustaleń Izby, fakt niewykonania przez zamawiającego wszystkich żądań odwołania Impel, oznaczonego sygn. akt KIO 1937/12, nie budzi żadnych wątpliwości. Impel żądał w tym odwołaniu odrzucenia oferty Aspen, zamawiający odwołanie uwzględnił, a w wyniku powtórzonych czynności ponownie dokonał wyboru oferty Aspen.

Niemniej jednak, powyższe nie może stanowić podstawy do uwzględnienia obecnie rozpatrywanego odwołania. Czynności wykonywane przez zamawiających po uwzględnieniu odwołania w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, podlegały będą ponownej kontroli wykonawców w ramach środków ochrony prawnej, a tym samym orzekaniu Izby względem ich zgodności z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie. Jedynie czynności wykonane zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, takiej kontroli podlegać nie będą (vide cytowane wyżej przepisy art. 185 ust. 6 i 189 ust. 2 pkt 5). Natomiast samo wskazanie w przepisie art. 186 ust. 3, iż zamawiający po uwzględnieniu odwołania i umorzeniu postępowania przez Izbę wykonuje czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wywiera jedynie skutek w sferze proceduralnoprawnej, tj. w sferze środków ochrony prawnej. Przepis art. 186 ust. 3 Pzp nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowić mogłoby podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma art. 186 ust. 3 Pzp nie będzie ich dotyczyć.

Należy powołać w tym zakresie i podzielić stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 2 września 2011 r., sygn. akt KIO 1786/11:

„Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż przepis art. 186 ust. 3 in fine ustawy Pzp uznać należy za przepis o charakterze proceduralnym. Przemawia za tym chociażby systematyka ustawy. Dział VI ustawy Pzp, w którym mieści się powołany przepis, zawiera w sobie przepisy proceduralne, pozwalające wyegzekwować na Zamawiającym określone działanie, do którego podjęcia jest on zobowiązany przepisami regulującymi postępowanie o udzielenie zamówienia. Przepis ten stanowi quasi-substytut rozstrzygnięcia o zasadności żądań przez Izbę. Izba bowiem zgodnie przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umarza postępowanie, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do tego postępowania po stronie Zamawiającego nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym samym, wobec umorzenia postępowania odwoławczego, Izba nie jest władna rozstrzygnąć o zasadności zarzutów, a tym samym o żądaniach Odwoływającego. Dlatego też ustawodawca uznał za stosowne wskazanie Zamawiającemu, iż jeżeli uzna w całości zarzuty podniesione przez Odwoływającego, powinien dokonać także odpowiednich czynności zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu. Art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie należy jednak traktować jako przepisu prawa materialnego. Co prawda jego adresatem jest również Zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś postępowania o udzielenie zamówienia. Za proceduralnym charakterem tegoż przepisu przemawia też omówione wcześniej jego powiązanie z art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp oraz wywiedzione przez Izbę z tegoż powiązania wnioski odnoszące się do skutków jego naruszenia.

Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, w świetle powyższych rozważań, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwoływającego. Dokonując jednak czynności, których wykonanie ma stanowić spełnienie żądania uznanego w całości odwołania, Zamawiający musi jednak mieć na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie obarczona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom Odwoływającego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. W innym przypadku może on zostać pociągnięty

do odpowiedzialności, zaś obarczona wadą umowa może zostać unieważniona. Tak też, pod kątem naruszenia przepisów regulujących przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, Izba będzie weryfikowała prawidłowość czynności dokonanych przez Zamawiającego po wcześniejszym uznaniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które to czynności nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami sformułowanymi w tym odwołaniu.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż naruszenie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie może stanowić samoistnej podstawy do wniesienia odwołania. Stwierdzenie przez Izbę takiego naruszenia nie stanowi podstawy dla decyzji o uwzględnieniu odwołania, ale rodzi po jej stronie obowiązek merytorycznego rozpoznania i rozstrzygnięcia, czy nowe, podjęte po uznaniu w całości zarzutów podniesionych we wcześniejszym odwołaniu, są zgodne przepisami ustawy Pzp.”

W tym stanie rzeczy konieczna stała się ocena czynności zamawiającego z dnia 11.10.2012 r., tj. wyboru oferty Aspen jako najkorzystniejszej, pod względem jej zgodności z materialnymi normami ustawy.

W tym zakresie podstawową osią i przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym a wnoszącym sprzeciw przystępującym, była kwestia kwalifikacji prawnej żadanego w SIWZ i załączonego do oferty „szczegółowego planu higieny” – jako dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, co podnosił przystępujący, lub jako część treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp, co wykazywał odwołujący. W przypadku uznania rzeczonoego „planu higieny”, jako tzw. dokumentu przedmiotowego, przeprowadzona przez zamawiającego i wykonawcę Aspen procedura uzupełniania ww. dokumentu w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp byłaby jak najbardziej prawidłowa, a uzupełniony w ten sposób dokument przesądziłby o zgodności oferty wybranej z SIWZ (prawidłowość dokumentu uzupełnionego nie była w odwołaniu kwestionowana – kwestionowana była tylko sama możliwość jego uzupełnienia). Natomiast w przypadku kwalifikacji ww. dokumentu jako część treści oferty, należało ocenić zgodność pierwotnie złożonej oferty Aspen z treścią SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowiska odwołującego w przedmiocie charakteru czy statusu prawnego danego „planu higieny”, jako części oferty wykonawcy. Jednakże Izba zastrzega, iż powyższa ocena nie ma charakteru generalnego, ale dotyczy treści konkretnego dokumentu i konkretnych wymagań danej specyfikacji istotnych warunków zamówienia względem jego treści. Izba nie przesądza i nie wyklucza, iż w przypadku innych niż zastane postanowień SIWZ,

możliwe jest przypisywanie dokumentom nazywanym w różnych postępowaniach „planami higieny”, różnorakiego statusu. Powyższe zależy od zastanego stanu faktycznego. Przede wszystkim to treść dokumentu i jego realne znaczenie wynikające z postanowień SIWZ, decydują o jego kwalifikacji prawnej. Zamawiający przez swoje dystynkcje terminologiczne nie może zmienić znaczenia dokumentu wynikającego z jego treści (w polskim prawie cywilnym, zasadą jest realizm a nie nominalizm kontraktowy). Dla kwalifikacji rozpatrywanego „Planu higieny” jako tzw. dokumentu przedmiotowego, nie jest wystarczające samo nazwanie go w ten sposób (w tym przypadku zamieszczenie go w rozdziale odnoszącym się do dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego), ale konieczna byłaby zmiana całokształtu postanowień SIWZ definiujących jego zobowiązaniowe znaczenie i cel składania.

Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego [tzw. „dokumenty przedmiotowe”, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, i które zostały przykładowo wskazane w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)]. Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Z jednej strony, w przypadku treści oferty, jest to wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie zobowiązania, którego wykonawca się podejmuje. Natomiast tzw. dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania, czy nawet szerzej, prowadzona działalność, organizacja pracy... etc., spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia.

Skład orzekający Izby dostrzega trudności mogące zaistnieć, przy jednoznacznej kwalifikacji niektórych dokumentów żądanych i składanych w praktyce udzielania

zamówień publicznych, jako dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, czy też jako odnoszących się bezpośrednio do treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakikolwiek dokument wyrażający (dookreślający) treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdza bowiem, że np. zaoferowana w postępowaniu usługa jest zgodna (odpowiada) z treścią siwz (wymaganiom zamawiającego). Tym samym i w ten sposób, utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność treści oferty z siwz, czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego, o czym stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie, należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty składanej w ramach postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się m.in. do konieczności uzupełniania ww. dokumentów (np. w przypadku gdy zawierają błędy). W skrajnym przypadku, doprowadzając *ad absurdum* wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również „dokument” zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy, podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu.

Powyższe konsekwencje tego typu stanowiska są nie do przyjęcia i nie do pogodzenia z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Tym samym, w zgodzie z leżącym u podstaw procesu wykładni i stosowania prawa założeniem i nakazem utrzymania niesprzeczności regulacji ustawowej, należało zastosować takie reguły interpretacji przepisów oraz reguły kolizyjne, które pozwolą uzyskać racjonalny kształt i zakres normowania adekwatnych norm prawnych. W szczególności, przyjęć należało, iż art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe np. w oparciu o zastosowanie opisanych wyżej kryteriów.

W tym przypadku nie budziło wątpliwości Izby, iż w świetle postanowień pkt 3.3.1. ppkt 2 SIWZ oraz w szczególności § 3 ust. 1 i n. wzoru umowy, szczegółowy plan

higieny sporządzany przez wykonawcę i przedstawiany wraz z ofertą, zawierający przewidziane przez wykonawcę: zakres czynności, instrukcje, procedury, wykaz sprzętu i środków czystości,... etc., stanowił opis usługi, której wykonania wykonawca podejmował się w ofercie. Tym samym dokument ten w sposób bezpośredni opisywał i określał zakres zobowiązania (sposób wykonania usługi) przyjmowanego na siebie przez wykonawcę i jako taki stawał się dokumentem składającym się na treść oferty, a nie dokumentem potwierdzającym, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Nawet pomimo tego, iż został przez zamawiającego w taki sposób „nazwany” w treści SIWZ.

W konsekwencji, Izba podkreśla brak w tym przypadku możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełnienia.

Rozpatrując zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, wskazać należy, iż zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy i kształtu, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wymaganiami SIWZ.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok

ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Również wykonawcy, w rozumieniu przepisów K.c. – oferenci, od chwili złożenia oferty, warunkami aukcji lub przetargu są związani, pod groźbą zastosowania „sankcji” w ustawie przewidzianych (odrzućenie oferty, wykluczenie z postępowania, zatrzymanie wadium... etc.)

Ponadto podkreślić wypada, iż zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z SIWZ, we wszystkich jego aspektach, na podstawie wszystkich części oferty (wraz z załącznikami) i informacji w nich zawartych, których przedstawienia wymagał w SIWZ. Wykonawca nie może wszelkich niezgodności lub braków w opisie jego zobowiązania zawartego w ofercie, deprecjonować, np. przez powołanie się na oświadczenia o zgodności oferty z SIWZ zwyczajowo pomieszczane w formularzach ofertowych. To zakres informacji, wymaganych i podawanych w ofercie, stanowi o zgodności oferty z SIWZ, a nie deklaracje w ofercie składane. W przeciwnym wypadku instytucja niezgodności oferty z SIWZ ulegałaby właściwie likwidacji, a żądanie zamieszczenia w ofercie opisu czy innego dookreślenia zaciąganego zobowiązania nie miałoby sensu i pozbawione byłoby doniosłego prawnie znaczenia.

W rozpatrywanym przypadku, odwołujący podniósł szereg zarzutów odnoszących się do konkretnie wskazanych i określonych niezgodności oferty z dokładnie wskazanymi wymaganiami SIWZ. Powyższe zarzuty zostały uznane za zasadne przez zamawiającego. W związku z dokładnym wskazaniem części oferty i odnośnych fragmentów SIWZ, których treść Izba potwierdziła w ramach swoich ustaleń, zarzuty niezgodności oferty z SIWZ podniesione w odwołaniu należy uznać za generalnie udowodnione i potwierdzone. Izba nie miała żadnych konkretnych podstaw i kontrdowodów, aby w tym przypadku podważyć wskazywane przez odwołującego okoliczności faktyczne oraz wyciągane na ich podstawie wnioski. Wnoszący sprzeciw nie podjął właściwie polemiki z zarzutami odwołania (ograniczał się jedynie do obrony zgodności z prawem dokonanego uzupełnienia szczegółowego planu higieny, co usunęłoby niezgodność jego oferty z SIWZ). W szczególności nie wskazał żadnych postanowień SIWZ, które pozwoliłyby odmówić

danym informacjom czy brakom w jego ofercie, zarzucanym w odwołaniu, materialnego znaczenia, a także konkretnie nie wskazał w swojej ofercie miejsc czy fragmentów, które mogłyby przesądzić, że wymagane informacje jednak w ofercie się znalazły. Przystępujący ograniczył się jedynie do gołosłownego wskazania w treści przystąpienia, iż „analizując ofertę jako integralną całość można oddalić każdy z zarzutów odwołującego się”, a następnie takiej analizy zarzutów nie przeprowadził i żadnych dowodów na poparcie swojego twierdzenia w tym względzie nie przedstawił (nie odwołał się nawet do konkretnych fragmentów dokumentacji postępowania, w szczególności treści swojej oferty). Mówiąc ściślej: podjął z zarzutami odwołania jedynie polemikę generalną, wybiórczą i przykładową, a na rozprawie konkretnie wskazał i powołał w swojej ofercie jedynie str. 154, gdzie do obsady bloków operacyjnych miał przewidzieć 14 osób, a nie 4 – jak podaje odwołujący.

Odnośnie powyższego Izba wskazuje, iż we wskazanym miejscu oferty, przy blokach operacyjnych na poszczególnych piętrach r wskazano 4 osoby. Liczbę 14 osób osiąga się po zsumowaniu całości personelu przewidzianego do obsady całości strefy „zielonej” opisanej na tej stronie oferty. Powyższe nie zmienia jednak oceny zarzutu odwołania, który w tym zakresie wskazywał na braki w personelu na danym „odcinku” i odwoływał się do wymagań SIWZ względem obsady poszczególnych miejsc przez **wydzielony** personel.

Ponadto powyższe pozostaje bez znaczenia wobec braku rzeczowej polemiki z pozostałymi zarzutami odwołania, w szczególności brakiem wskazania z których konkretnie części i postanowień oferty, miałyby wynikać zobowiązanie do wykonania danego rodzaju czynności, użycia konkretnych środków... *etc.* (poza powołaniem się na ogólne zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego).

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty Aspen przez zaniechanie jej odrzucenia, Izba uznała za potwierdzony.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 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). Nie przyznano wnioskowanych przez odwołującego kosztów zastępstwa prawnego w związku z brakiem rachunku potwierdzającego ich poniesienie, o którym mowa w ww. przepisie. Odwołujący przedstawił fakturę dotyczącą innego rodzaju usług niż zastępstwo czy obsługa prawna.