

WYROK
z dnia 4 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 4 grudnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Naprzód Hospital sp. z o.o., Naprzód Service sp. z o.o., Naprzód sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, ul. Roentgena 5, 02-781 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Hojo sp. z o.o., ul. Mokotowska 1/12P, 00-640 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - ujawnienie informacji zawartych w piśmie wykonawcy **Hojo sp. z o.o., ul. Mokotowska 1/12P, 00-640 Warszawa** z dnia 5 listopada 2014 r., tj. ujawnienie wszystkich informacji zawartych w tym piśmie z wyjątkiem informacji zawartych na stronach: 2 – akapit zaczynający się od „Wysokość przykładowych upustów”, 4 – akapit zaczynający się od „Przy kalkulacji ceny” do „zaoferowanej ceny brutto”, 5 – pozycja 1 i 2 wskazanych do pisma załączników, a także z wyjątkiem załączonych do tego pisma umów i załączników do nich z wyjątkiem Certyfikatu TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. oraz załącznika nr 1 do umowy zawartej w dniu 3 września 2014 r. pomiędzy **Xeney** a wykonawcą **Hojo sp. z o.o., ul. Mokotowska 1/12P, 00-640 Warszawa** oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy **Hojo sp. z o.o., ul. Mokotowska 1/12P, 00-640 Warszawa**.

KIO 2456/14 1

-
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Hojo sp. z o.o., ul. Mokotowska 1/12P, 00-640 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Naprzód Hospital sp. z o.o., Naprzód Service sp. z o.o., Naprzód sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Hojo sp. z o.o., ul. Mokotowska 1/12P, 00-640 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Naprzód Hospital sp. z o.o., Naprzód Service sp. z o.o., Naprzód sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

KIO 2456/14 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sprzątania i utrzymania czystości w obiektach i na terenie Centrum Onkologii-Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie przy ul. Roentgena 5 i ul. Wawelskiej 15 w Warszawie, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Centrum Onkologii-Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie (dalej „zamawiający”) wykonawca – konsorcjum firm w składzie: Naprzód Hospital sp. z o.o., Naprzód Service sp. z o.o. oraz Naprzód sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy HOJO sp. z o.o. (dalej „HOJO” albo „odwołujący”) w sytuacji, gdy nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy HOJO z powodu sprzeczności treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Clar System S.A. Hospital System sp. z o.o. (dalej: „konsorcjum firm: Clar-Hospital”) pomimo, że jej treść nie odpowiada warunkom udziału w postępowaniu opisanym w treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy HOJO w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy HOJO w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących: posiadania wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
3. art. 87 ust. 1, poprzez bezpodstawne wezwanie do wyjaśnień wykonawców: HOJO oraz konsorcjum firm: Clar-Hospital w zakresie treści złożonej oferty,

KIO2456/14 3

-
4. art. 89. ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy HOJO w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
 5. art. 89. ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm: Clar-Hospital pomimo, że jej treść nie odpowiada warunkom opisanym w treści SIWZ,
 6. art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy HOJO w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 7. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji,
 8. art. 8 ust. 1-3, poprzez błędne jego zastosowanie i uznanie za zasadne zastrzeżenie jawności informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy HOJO,
 9. art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez utajnienie wyjaśnień wykonawcy HOJO dotyczących składników cenotwórczych i uznanie ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy wyjaśnienia te nie spełniają warunków uznania ich za tajemnicę i jako element treści ofert tego wykonawcy winny być udostępnione innym wykonawcom,
 10. art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący wniósł o:

1. wykluczenie wykonawcy HOJO,
2. odrzucenie oferty wykonawcy HOJO,

3. odrzucenie oferty konsorcjum firm: Clar-Hospital,
4. ponowną ocenę ofert.

Odnosnie do zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy HOJO w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX pkt 3b SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2.2) w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający wymagał załączenia do oferty m.in. aktualnej polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia na kwotę min. 3 mln złotych potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w okresie realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wykonawca HOJO załączył do oferty Polisę BUK 128905 o sumie gwarancyjnej 3 mln złotych bez potwierdzenia opłaconej składki, co – podniósł odwołujący – jest niezgodne z § 1.1 pkt 11 Rozporządzenia w z dnia 19 lutego 2013 r.

KIO 2456/14 4

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenia w sprawie dokumentów”), zgodnie z którym od wykonawcy można żądać opłaconej polisy, lub w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Odnosnie do zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy HOJO w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia odwołujący podał, że:

1. zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX pkt. 2 a) i 2 b SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2.3) w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że wykonał co najmniej 1 usługę rodzajowo odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, tj. sprzątanie i dezynfekcja w szpitalach o wartości brutto min. 1 mln złotych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączył dowody, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie,
2. zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX pkt. 2 b SIWZ zamawiający wymagał załączenia do oferty oświadczenia wykonawcy, że dysponuje potencjałem technicznym wymienionym w załączniku nr 3 i 4.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie tych warunków wykonawca HOJO załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego – firmy Xeney i podniósł, że treść tego zobowiązania w zakresie użyczenia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia nie zawiera wszystkich wymaganych przez zamawiającego informacji – brak jest konkretnych ustaleń stron, co do sposobu wykorzystania i przekazania zasobów ludzkich i sprzętu wymienionego w załączniku nr 3 do SIWZ przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że ze zobowiązania wynika, iż firma Xeney będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia, tj. wykonywanie usługi będzie odbywać się przy udziale użyczonych przez firmę Xeney 71 etatów zasobów ludzkich oraz podmiot ten będzie nadzorował realizację usługi.

KIO 2456/14 5

Zdaniem odwołującego wykonawca HOJO, polegając na zasobach innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w sytuacji, gdy podmiot będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia zobowiązany był do przedstawienia w odniesieniu do tego podmiotu dokumentów wymienionych w Rozdziale IX pkt. 1 (a-g) SIWZ.

Odwołujący podał, że zamawiający pismem z dnia 17 października 2014 r. wezwał wykonawcę HOJO na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty wyłącznie o dokument dotyczący firmy Xeney, tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż sześć miesięcy przed upływem terminu składania ofert, czym – w ocenie odwołującego – nie dopełnił swoich obowiązków w zakresie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wymaganych w Rozdziale IX pkt. 1 (a, c-g) SIWZ.

Odwołujący podniósł ponadto, że wykonawca HOJO w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przesłał oświadczenie wystawione przez firmę KASA Business Service Ltd. – Biuro Księgowe, które nie stanowi dokumentu wystawionego przez podmiot uprawniony, potwierdzającego prowadzenie działalności przez firmę Xeney, a jedynie jest oświadczeniem firmy świadczącej dla p. I. A. usługi finansowe, że jest ona zarejestrowana jako osoba prowadząca działalność gospodarczą.

Odwołujący podał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznych oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający – zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX pkt 2 SIWZ – żądał załączenia do oferty oświadczenia o dysponowaniu potencjałem technicznym wymienionym w załączniku nr 3 i 4 do SIWZ.

Odwołujący podał również, że zamawiający pismem z dnia 17 października 2014 r., wezwał wykonawcę HOJO na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia ww. oświadczenia, a w odpowiedzi wykonawca HOJO dokonał uzupełnienia oświadczenia z dnia 3 października 2014 r., jednakże – podniósł odwołujący – z treści oświadczenia nie wynika sposób dysponowania tym potencjałem. Odwołujący zakłada, iż zgodnie ze złożonym zobowiązaniem wykonawca HOJO polega na potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia, korzystając z zasobów podmiotów trzecich na podstawie art. 26 ust.2b ustawy Pzp. Wskazał, że z treści zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na podstawie art. 26 ust.2b ustawy Pzp wynika, iż zakres użyczenia obejmuje 71 etatów zasobów ludzkich, natomiast zamawiający w treści załącznika 4 do SIWZ wymagał dysponowaniem min. 142 etatami zasobów ludzkich. Jeżeli – podniósł odwołujący – wykonawca HOJO polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów

KIO 2456/14 6

obowiązany jest przedstawić dokumenty udowadniające, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności zobowiązanie podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Tymczasem – wskazał odwołujący – przedstawione przez wykonawcę zobowiązanie firmy Xeney do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia jest lakoniczne i nie wykazuje, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia będzie dysponować wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia. W treści zobowiązania nie jest bowiem wskazane, w jaki sposób potencjał wiedzy i doświadczenia oraz potencjał techniczny i osobowy zostanie faktycznie wykonawcy udostępniony, do jakich czynności zobowiązany jest podmiot udostępniający względem wykonawcy i jak konkretnie czynności te mają być przeprowadzane; w szczególności brak jest, zdaniem odwołującego, konkretnych ustaleń stron, co do sposobu przekazywania informacji technologicznych, przekazywania i wdrażania procedur wykonywania usługi, sposobu postępowania w sytuacjach stanu nagłego zagrożenia sanitarno-epidemiologicznego w szpital, sposobu przeprowadzania szkoleń i doradztwa, sprawdzania poprawności wykonywania poszczególnych czynności i realizacji procedur itp.

W ocenie odwołującego ze zobowiązania nie wynika, na jakiej zasadzie podmiot trzeci użyczy potencjału osobowego. Podkreślił, że firma użyczająca potencjał osobowy ma siedzibę w Londynie (i nie ma oddziałów w Polsce), a nie wyjaśniono, czy pracownicy objęci użyczeniem zgodzą się na świadczenie pracy w Polsce. Podniósł, że zobowiązanie nie może być źródłem egzekwowania od podmiotu żadnych faktycznych zachowań i działań, ma formę lakoniczną, ogólnikową, nie przedstawia żadnej konkretnej treści.

Odwołujący stwierdził, że zobowiązanie podmiotu trzeciego winno być na tyle konkretne, jednoznaczne i możliwe do wyegzekwowania, aby dawało zamawiającemu pełną

gwarancję, że zamówienie będzie wykonane profesjonalnie i że wykonawca będzie faktycznie wyposażony w odpowiednią wiedzę i doświadczenie, co jest szczególnie istotne w przypadku zamówienia publicznego, od którego profesjonalnego wykonania zależy prawidłowe funkcjonowanie szpitala, bezpieczeństwo sanitarne, zdrowie i życie pacjentów.

Powołując się na wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r. o sygn. akt KIO 715/14 odwołujący wskazał, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie określa minimalnej treści zobowiązania, niemniej jednak formułuje konieczność udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co oznacza, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, która winna zostać określona już w treści tego zobowiązania, a wykonawca winien być w stanie wykazać, że udostępnienie zasobów w tej formie rzeczywiście będzie możliwe – w przeciwnym przypadku poleganie na zasobach

KIO 2456/14 7

innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślił, że ciężar dowodu w zakresie wykazania, iż wykonawca będzie dysponować niezbędną wiedzą i doświadczeniem, spoczywał na wykonawcy, czemu ten nie sprostął.

Odnosnie do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy HOJO w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX pkt. 2 c SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców załączenia do oferty planu organizacji pracy z podaniem m.in.: proponowanego sposobu załatwiania reklamacji, zgodnego z projektem umowy stanowiącym załącznik Nr 7 do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że z załączonego do oferty wykonawcy HOJO planu pracy wynika, że proponowany przez niego sposób załatwiania reklamacji jest niezgodny z zapisami załącznika nr 7 do SIWZ – oferowany sposób zgłaszania reklamacji: „dopuszcza się ustne zgłoszenie reklamacji dotyczących niewielkich bieżących zastrzeżeń o charakterze jakościowym i organizacyjnym” jest niezgodny z § 8 pkt 2 projektu umowy, zgodnie z którym wszelkie reklamacje dotyczące wykonania usług stanowiących przedmiot umowy, w tym dotyczące zachowania się na terenie zamawiającego osób zatrudnionych przez wykonawcę składane będą za potwierdzeniem odbioru w formie pisemnej do brygadzysty lub Kierownika Obiektu lub faxem.

Odwołujący podał także, że jeżeli chodzi o termin usunięcia usterki to wykonawca HOJO zostawił sobie w tym zakresie dowolność, oferując termin ustalony przez kierownika obiektu w porozumieniu ze wskazanym przedstawicielem zamawiającego, podczas gdy termin usunięcia zaniechania został przez zamawiającego określony w § 8 pkt 4 projektu umowy: „Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia uzasadnionej reklamacji i usunięcia zaniechania niezwłocznie, tj. nie później niż w ciągu 6 godzin od czasu zgłoszenia reklamacji”.

Odwołujący podał nadto, że wykonawca HOJO w proponowanym sposobie załatwiania reklamacji zawarł zapisy ograniczające odpowiedzialność wykonawcy za wadliwą jakość lub nieterminowe wykonanie czynności w przypadku zaistnienia czterech, wymienionych w planie organizacji pracy, okoliczności, których brak w projekcie umowy.

Odwołujący wskazał nadto, że zgodnie z rozdziałem IX SIWZ pkt 4 c i d wykonawca winien załączyć do oferty wypełniony formularz ofertowy (załącznik nr 5 do SIWZ) oraz wypełniony i podpisany załącznik nr 1 do SIWZ. Także w rozdziale XV SIWZ – opis sposobu obliczenia ceny – zamawiający wymagał wypełnienia załącznika nr 1 do SIWZ (ostatnia

KIO 2456/14 8

kolumna), tj. podania ceny miesięczne za każdy odcinek wykonanej usługi. Podniósł, że w załączonym do oferty wykonawcy HOJO załączniku nr 1 brak jest wyceny poz. 30, tj. w formularzu dotyczącym obiektu nr 4 (budynek szpitalny przy ul. Wawelskiej 15), co powoduje, iż oferta wykonawcy HOJO nie spełnia zapisów zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja II. 1.8) oraz Rozdziale IV oraz Rozdziale VIII pkt 2 SIWZ, zgodnie

z którymi zamawiający nie dopuszczał składania ofert częściowych. W związku z tym – wywołał odwołujący – złożona przez wykonawcę HOJO oferta podlega odrzuceniu, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w części dotyczącej zakresu rzeczowego usługi, ponieważ zamawiający nie ma możliwości ustalenia faktycznej wartości oferty w zakresie ceny.

Odwołujący wskazał następnie, że zgodnie z Rozdziałem IX SIWZ pkt 4 c i d wykonawca winien załączyć do oferty: Wypełniony formularz ofertowy (załącznik nr 5 do SIWZ) oraz Wypełniony i podpisany załącznik nr 1 do SIWZ, a nadto w rozdziale XV SIWZ – opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający wymagał: „Wykonawca jest zobowiązany wypełnić załącznik nr 1 do SIWZ (ostatnia kolumna) podając ceny miesięczne za każdy odcinek wykonanej usługi.” Podał, że w wyjaśnieniach z dnia 22 września 2014 r. w odpowiedziach na pytania nr 24-26, 28-31 i 33 zamawiający doprecyzował częstotliwość sprzątania dla obiektu nr 1 odcinka nr 2, 15, 33, 51, 52, 70, 77, 92, 108 z załącznika nr 1 do SIWZ, tj. sprzątanie ma odbywać się zgodnie z częstotliwością wskazaną w załączniku nr 2a do SIWZ tzn. 2 – 5 x w tygodniu, 15 – 5 x w tygodniu, 33 – 5 x w tygodniu, 51 – 7 x w tygodniu, 52 – 7 x w tygodniu, 70 – 5 x w tygodniu, 77 – 7 x w tygodniu, 92 – 5 x w tygodniu, 108 – 5 x w tygodniu.

Odwołujący wskazał, że wykonawca HOJO, zgodnie z załączonym do oferty załącznikiem nr 1 do SIWZ, zaproponował sprzątanie ww. odcinków z inną (mniejszą) częstotliwością niż zostało to określone przez zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 22 września 2014 r. Dodał, że z pozostałych załączonych do oferty dokumentów nie wynikało, iż HPJO powyższe modyfikacje w swojej ofercie uwzględnił. Skoro HOJO – wywołał odwołujący – potwierdził złożonym w ofercie oświadczeniem, że oferuje realizację zamówienia zgodnie z wypełnionymi zestawieniami rzeczowo-finansowymi robót, w których zaproponował inną (mniejszą) częstotliwość niż była wymagana przez zamawiającego, to treść złożonej przez wykonawcę HOJO oferty nie odpowiada treści SIWZ i oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał i wezwał wykonawcę HOJO w dniu 29 października 2014 r. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak podniósł odwołujący, przepis ten nie dopuszcza prowadzenia między zamawiającym

KIO 2456/14 9

a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, za co należy uznać – wedle odwołującego – zmianę oferowanej przez wykonawcę HOJO częstotliwości sprzątania. W ocenie odwołującego wezwanie przez zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie oferowanej częstotliwości sprzątania to prowadzenie z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, co po pierwsze jest niedopuszczalne zgodnie z zapisami art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a po drugie stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji.

Nadto odwołujący podniósł, że wykonawca HOJO w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 29 października 2014 r., na potwierdzenie akceptacji częstotliwości na poszczególnych odcinkach ustalonych przez zamawiającego, przekazał podpisany załącznik 2a do SIWZ, z którego wynika, że oferuje częstotliwość sprzątania Oddziału Intensywnej Opieki Medycznej i Sali Wybudzeń 1 raz na dobę (7 x w tygodniu). a nie jak to zostało wprowadzone poprawkami z dnia 22 września 2014 r. 2 razy na dobę (7 razy w tygodniu).

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy HOJO w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia odwołujący podał, że:

- zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia: 3 837 926,00 brutto, tj. 319 827,17 miesięcznie brutto,
- wykonawca HOJO zaoferował cenę 2 790 501,60 zł brutto, tj. 189 699,86 zł netto i 232 541,80 zł brutto miesięcznie,
- konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o Seban sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. zaoferowało cenę 3 451 077,24 zł brutto, tj. 247 440,49 zł netto i 287 589,77zł brutto miesięcznie,
- odwołujący zaoferował cenę : 3 297 861,72zł brutto, tj. 243 592,23 zł netto

- i 274 821,81 zł brutto miesięcznie,
- konsorcjum firm: Clar-Hospital zaoferowało cenę 3 789 526,80 zł brutto, tj. 265 144,32 zł netto i 315 793,90 zł brutto miesięcznie.

Odwolujący podał także, że kwota miesięczna amortyzacji sprzętu to ok. 10 000 zł netto, koszt miesięcznego prania mopów to 6000 zł netto, wynajem pomieszczeń + media to ok. 5000 zł netto miesięcznie, jednorazowe mycie okien (alпиніści) to 40 000 zł netto (SIWZ przewiduje mycie dwa razy w roku), koszty miesięczne środków czystościowych i dezynfekcyjnych to 20 000 zł netto.

Na tej podstawie odwołujący stwierdził, że wyżej wymienione koszty to koszt ok. 48 000 zł netto.

KIO 2456/14 10

Wskazując, że miesięczny koszt netto usługi wyceniony przez HOJO to 189 699,86 zł netto, podniósł, że odejmując powyższe koszty otrzymuje się miesięczną kwotę realizacji usługi równą: 141 699,86 zł, co biorąc pod uwagę fakt, iż zamawiający w załączniku nr 4 do SIWZ przewidział minimalną liczbę pracowników z podziałem na etaty w ilości 142, oznacza, że wykonawca HOJO przeznaczył 997,87 zł netto na jeden etat. Odwołujący uznał, że kwota 997,87 zł netto jest kwotą niewystarczającą na pokrycie miesięcznego wynagrodzenia dla pracownika zatrudnionego na cały etat.

W odniesieniu do zarzutu utajnienia wyjaśnień wykonawcy HOJO dotyczących składników cenotwórczych i uznania ich za informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa odwołujący podał, że zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał HOJO w dniu 3 listopada 2014 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, których treść została w całości przez wykonawcę HOJO zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa

W ocenie odwołującego informacje będące przedmiotem wyjaśnień nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ są to informacje dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. zestawienia kosztów wynagrodzeń pracowniczych wraz z kosztami amortyzacji sprzętu potrzebnego do wykonania usługi, kosztami chemii i środków dezynfekcyjnych, które nie spełniają przesłanek uzasadniających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (przez tajemnicą przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne wartości gospodarcze, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności).

Odwolujący podał, że wykonawca HOJO wskazał, iż utajnione przez niego informacje mają charakter organizacyjny oraz posiadają wartość gospodarczą.

Podniósł, że poufność informacji w omawianym aspekcie powinna mieć znaczenie dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, biorąc pod uwagę, zwrot jakim posługuje się ustawodawca „wartość gospodarcza”, a także, że samo głośne wskazanie przez wykonawcę, iż podjął czynności mające na celu zachowanie poufności nie stanowi wystarczającej podstawy do przyjęcia złożonych oświadczeń za prawdziwe – wykonawca nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień. Podkreślił, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne oraz, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie zatem ogólnych

KIO 2456/14 11

wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby – argumentował odwołujący – wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, co prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu

widzenia zasady zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zwrócił uwagę, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych – transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności, a fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uznał za nieprawidłowe stanowisko zamawiającego, który przyjął za zasadne zastrzeżenie jawności oferty wykonawcy HOJO.

Dodał, że nasilający się trend w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, którego skutkiem są działania wykonawców zmierzające do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jak największej grupy dokumentów powinien, nie tylko ze względu na istniejące przepisy prawa, ale również z powodu chęci wyłączenia przez wykonawców oceny ofert spod kontroli innych wykonawców, skłonić zamawiającego do wnikliwej analizy podstaw ograniczenia dostępu do informacji z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy HOJO odnoszące się do elementów cenotwórczych oferty, nie stanowiąc tajemnicy przedsiębiorstwa winny być jawne nie tylko na podstawie art., 8 ust. 1, ale także art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego konsorcjum Clar-Hospital System odwołujący podniósł, że konsorcjum to zaproponowało sprzątanie niektórych odcinków z niższą częstotliwością niż zostało to określone przez zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 22 września 2014 r., a z żadnego z pozostałych, załączonych do oferty dokumentów nie wynikało, iż konsorcjum modyfikacje w swojej ofercie uwzględnił. Skoro – zdaniem odwołującego – konsorcjum potwierdziło złożonymi w ofercie oświadczeniami, że oferuje realizację zamówienia zgodnie z wypełnionymi zestawieniami rzeczowo-finansowymi robót, w którym zaproponowało inną częstotliwość niż była wymagana przez zamawiającego, to treść złożonej przez to konsorcjum oferty nie odpowiada treści SIWZ i oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał

KIO 2456/14 12

i wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego przepis ten, nie dopuszczając prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (z zastrzeżeniem ust. 1a i 2), nie pozwalał na dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, czego zdaniem odwołującego zamawiający dokonał w zakresie częstotliwości sprzątania. Wezwanie przez zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie oferowanej częstotliwości sprzątania można uznać za prowadzenie z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, co po pierwsze jest niedopuszczalne zgodnie z zapisami art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, po drugie – argumentował odwołujący – stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego przy piśmie z dnia 26 listopada 2014 r. w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz wydruku z dnia 4 grudnia 2014 r. pochodzącego ze strony Europejskiego Centrum Konsumenckiego – ADR *Jak sprawdzić wiarygodność zagranicznego sprzedawcy*, odpowiedzi zamawiającego z dnia 26 listopada 2014 r., uwzględniającej odwołanie, pisma z dnia 28 listopada 2014 r. – sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (DRUK ZP-PN) [dalej „Protokół”].
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).

3. Oferta przystępującego.
4. Pismo zamawiającego z dnia 22 września 2014 r. – wyjaśnienia treści SIWZ.
5. Pismo zamawiającego z dnia 17 października 2014 r. – wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentów.
6. Odpowiedź przystępującego z dnia 22 października 2014 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 17 października 2014 r.
7. Pismo zamawiającego z dnia 29 października 2014 r. – wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentów.

KIO 2456/14 13

8. Odpowiedź przystępującego z dnia 30 października 2014 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 29 października 2014 r.
9. Pismo zamawiającego z dnia 29 października 2014 r. – wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty.
10. Odpowiedź przystępującego z dnia 30 października 2014 r. na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 29 października 2014 r.
11. Pismo zamawiającego z dnia 3 listopada 2014 r. – wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty.
12. Odpowiedź przystępującego z dnia 5 listopada 2014 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 3 listopada 2014 r. (wraz z załącznikami).
13. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 listopada 2014 r.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania przystępującego w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX pkt 3b SIWZ zamawiający, w celu potwierdzenia znajdowania się wykonawcy w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, wymagał dostarczenia (załączenia do oferty) aktualnej polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia na kwotę min. 3 mln zł, potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w okresie realizacji zamówienia.

Na podstawie oferty przystępującego skład orzekający Izby ustalił, że przystępujący załączył do oferty Polisę BUK 128905 wystawioną przez Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie (karta 709 dokumentacji postępowania), w treści której:

- w odniesieniu do *Okresu ubezpieczenia* podano: „7.10.2014 r. – 6.10.2015 r.”,
- w odniesieniu do sumy gwarancyjnej podano: „3 mln PLN”,
- w odniesieniu do *Forma płatności składki* podano: „Jednorazowo do dnia: 17.10.2014 r. na konto (...)”,
- w odniesieniu do *Warunki umowy ubezpieczenia* podano: „Ogólne Warunki Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadania mienia zatwierdzonych Uchwałą Zarządu Nr 101/12 z dnia 20 września 2012 r.”.

Przystępujący, co nie było sporne, nie załączył do oferty dowodu opłacenia składki.

KIO 2456/14 14

Na podstawie pkt. 7 Protokołu skład orzekający Izby ustalił, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 8 października 2014 r. (godz. 10 00).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny skład orzekający Izby stwierdził, że przystępujący wprawdzie nie załączył do oferty dowodu opłacenia składki, jednak wskazać należy, że wykazanie warunków udziału w postępowaniu następuje w oparciu o oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę w odpowiedzi na żądanie i w zakresie wyartykułowanym przez zamawiającego w SIWZ (art. 26 ust. 2a ustawy Pzp).

Oznacza to, że obowiązki wykonawcy co do sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu określa zamawiający, a nie treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie” albo „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), które precyzuje jedynie, jakich dokumentów zamawiający może się domagać.

Żądaniem zaś zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu – zgodnie z ww. Rozdziałem IX pkt 3b SIWZ – nie było złożenie „opłaconej”, ale „aktualnej” polisy. Przyjąć należy, że zamawiający nie zdecydował się zatem na żądanie od wykonawców złożenia „opłaconej polisy” (jak wskazano w §1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia) i uznał, że w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu wystarczające będzie przedstawienie samej polisy – aktualnej polisy.

Skoro zamawiający przesądził, że dla wykazania warunku udziału w postępowaniu wystarczającym będzie złożenie wyłącznie aktualnej polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, a nie „opłaconej polisy”, to zastosowanie się wykonawcy do takiego wymogu nie mogło stanowić podstawy do wyciągnięcia jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec niego.

Sposób rozumienia „aktualna polisa”, wobec braku wskazania tego przez zamawiającego, należy ustalić z uwzględnieniem znaczenia pojęcia „aktualny”, tj. dotyczący teraźniejszości, zachowujący ważność w danej chwili.

Uwzględniając wskazane znaczenie pojęcia „aktualny” uznać należy, że polisa aktualna to polisa ważna w danym momencie. Ponieważ rozstrzygającym dla uznania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest termin składania ofert (art. 26 ust. 2a ustawy Pzp), koniecznym jest ustalenie, czy okres ubezpieczenia złożonej przez przystępującego polisy obejmował ten termin, tj. 8 października 2014 r.

Skoro okres ubezpieczenia został wskazany w złożonej przez przystępującego polisie jako: „7.10.2014 r. – 6.10.2015 r.”, to uznać należy, że w terminie składania ofert, tj. w dniu

KIO 2456/14 15

8 października 2014 r. polisa ta była aktualna. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że odwołujący nie wskazał jakiegokolwiek postanowienia w szczególności Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadania mienia zatwierdzonych Uchwałą Zarządu Nr 101/12 z dnia 20 września 2012 r. (Zarządu wystawcy polisy), które odnoszą się do złożonej przez przystępującego polisy, które to postanowienia wskazywałyby, że polisa jest ważna jedynie po opłaceniu składki. Innymi słowy odwołujący nie wykazał, że nieopłacenie składki może spowodować ustanie odpowiedzialności ubezpieczyciela, co zresztą – wobec tego, że termin opłacenia składki przez przystępującego przypadła na dzień po terminie składania ofert – na dzień składania ofert nie było możliwe.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że przystępujący wykazał spełnianie warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób przewidziany przez zamawiającego w SIWZ stąd brak było podstaw do wykluczenia przystępującego z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących: posiadania wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Poza sporem było to, że przystępujący, wykazując spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także potencjału technicznego i osobowego, oparł się na zasobach podmiotu trzeciego – firmy Xeney, która – co potwierdził przystępujący w toku rozprawy – miała brać udział w realizacji części zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem IX SIWZ (str. 5) zamawiający zażądał od wykonawców, w przypadku korzystania z potencjału podmiotów trzecich, rzeczywistego wykazania, że potencjałem tym wykonawcy będą dysponować i podał, że treść zobowiązania podmiotu

trzeciego powinna określać:

- kto jest podmiotem przyjmującym,
- zakres zobowiązania podmiotu trzeciego,
- czego konkretnie dotyczy zobowiązania,
- w jaki sposób zobowiązanie będzie wykonane,
- jakiego okresu zobowiązanie dotyczy.

KIO 2456/14 16

Przystępujący załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego – firmy Xeney z dnia 3 września 2014 r. o treści: „Firma XENEY, na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo Zamówień Publicznych (...) i § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r., zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy HOJO Sp. z o.o., posiadane zasoby dotyczące wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia na usługę sprzątania i utrzymania czystości w obiektach i na terenie Centrum Onkologii – Instytut przy ul. Roentgena 5 i ul. Wawelskiej 15 w Warszawie w trybie przetargu, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, na cały okres wykonywania umowy przez firmę HOJO Sp. z o.o. Zakres użyczenia obejmuje:

- a) 71 etatów zasobów ludzkich;
- b) sprzęt wymieniony w załączniku nr 3 do SIWZ Pn-126/14/IM;
- c) nadzór nad realizacją usługi”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Porównując treść zobowiązania firmy Xeney do oczekiwanej przez zamawiającego treści tego zobowiązania (Rozdział IX SIWZ – str. 5) stwierdzić należy, że o ile wiadomym jest, że:

- podmiotem przyjmującym zobowiązanie jest firma HOJO Sp. z o.o. (wskazany z nazwy podmiot, który ma wykonywać umowę – przystępujący),
- zobowiązanie podmiotu trzeciego obejmuje wiedzę oraz doświadczenie, a także potencjał techniczny i osobowy (zakres zobowiązania w aspekcie niezbędnych zasobów),
- zobowiązanie polega na oddaniu do dyspozycji osób w liczbie 71 oraz sprzętu wymienionego w załączniku nr 3, jak i na pełnieniu nadzoru nad realizacją precyzyjnie określonej usługi (wskazanie, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie w ramach wskazanego zakresu udostępnianych zasobów),
- zobowiązania dotyczy całego okresu wykonywania umowy (okres zobowiązania),

o tyle nie jest wiadomym – w świetle treści tego zobowiązania – w jaki sposób tak podjęte zobowiązanie będzie przez firmę Xeney wykonane, w szczególności w jaki sposób dojdzie do oddania do dyspozycji osób, biorąc w szczególności pod uwagę fakt, że firma Xeney prowadzi działalność na terenie Wielkiej Brytanii oraz, w jaki sposób podmiot trzeci będzie pełnił nadzór (np. czy chodzi jedynie o nadzór co do wszystkich, czy jedynie co do osób udostępnianych).

Wobec powyższego nie można uznać, że zobowiązanie firmy Xeney czyni zadość wymaganiu zamawiającego.

KIO 2456/14 17

W ramach tego zarzutu odwołujący zarzucił także zamawiającemu zaniechanie wykluczenia przystępującego z tego powodu, że ten, polegając na zasobach firmy Xeney, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (fakt uczestnictwa Xeney przystępujący potwierdził w toku rozprawy) nie przedstawił – do czego był zobowiązany, a co nie było sporne – dokumentów podmiotowych wymienionych w Rozdziale IX pkt 1 lit. a-g SIWZ, tj. w odniesieniu do firmy Xeney nie przedstawił w ofercie żadnego z dokumentów wskazanych w lit. a, c-g, zaś dokument uzupełniony na wezwanie zamawiającego z dnia 17 października 2014 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazany w lit. b (aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej) jest niewłaściwy, tj. niewłaściwe jest oświadczenie wystawione przez działające w sprawach finansowych Xeney biuro, tj. KASA Business Services.

Skład orzekający Izby uznał, że rzeczywiście złożone przez przystępującego

oświadczenie biura KASA Business Services nie jest właściwe. Wynika to z faktu, że Xeney to jednoosobowa działalność gospodarcza prowadzona przez zamieszkałą w Londynie panią I.A., zarejestrowana od dnia 1 marca 2012 r. w urzędzie skarbowym w Wielkiej Brytanii, gdzie, co w ocenie składu orzekającego Izby uprawdopodobnił przystępujący, prezentując informacje ze strony Europejskiego Centrum Konsumenckiego – ADR *Jak sprawdzić wiarygodność zagranicznego sprzedawcy*, nie wydaje się dokumentów odpowiadających aktualnemu odpisowi z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, a co oznacza, że winno – zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów – zostać przedstawione oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego lub przed notariuszem.

Jednocześnie jednak skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że skierowane przez zamawiającego do przystępującego wezwanie z dnia 17 października 2014 r. nie może być, w odniesieniu do dokumentu rejestrowego, uznane za skuteczne, ponieważ zamawiający sprecyzował braki w ofercie przystępującego z odwołaniem się do wymogów SIWZ jedynie w zakresie Rozdziału IX pkt 1g, 2a oraz 2b, natomiast jedynie dodatkowo („należy także”) bez wskazania postanowienia SIWZ (tj. Rozdział IX pkt 1 b w odniesieniu do Xeney) i stwierdzenia braku w tym zakresie w ofercie przystępującego zażądał dołączenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej firmy Xeney (błędnie wskazano nadto nazwę firmy, tj. jako „Xaney”).

Co więcej, formułując żądanie w ww. wezwaniu zamawiający pominął, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów odpowiadających aktualnemu odpisowi z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji

KIO 2456/14 18

o działalności gospodarczej, winno zostać przedstawione oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego lub przed notariuszem.

Podkreślenia wymaga, że z obowiązku wezwania wykonawcy – jednokrotnego wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i skutku nieuzupełnienia dokumentów w postaci wykluczenia wykonawcy wywodzi się obowiązek zamawiającego dochowania precyzji i jednoznaczności w kierowanym do wykonawcy wezwaniu.

Skład orzekający Izby uznał, że z ww. powodów wezwanie skierowane do przystępującego z dnia 17 października 2014 r. w zakresie dokumentu rejestrowego nie było skuteczne (należy je uznać za niebyłe), nie byłoby zatem przeszkód, aby zamawiający skierował do przystępującego prawidłowe i kompletne (co do rodzajów dokumentów, jakie można w takiej sytuacji złożyć) wezwanie w tym zakresie.

Wskazać także należy, że w zakresie pozostałych dokumentów wskazanych w Rozdziale IX pkt 1 lit. 1, c-g SIWZ w odniesieniu do Xeney zamawiający nie kierował do przystępującego żadnego wezwania na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezłożenie przez przystępującego tych dokumentów wraz ofertą, wobec braku obligatoryjnego (prawidłowego) wezwania przystępującego przez zamawiającego, nie dawało podstaw do wykluczenia przystępującego.

Wobec wcześniejszego uznania, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także potencjału technicznego i osobowego w sposób przewidziany przez zamawiającego, stając jednak na stanowisku, że brak było podstaw do wykluczenia przystępującego z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca ten nie był dotychczas przez zamawiającego wzywany, do czego obliguje zamawiającego przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia zobowiązania oraz dokumentów wskazanych w Rozdziale IX pkt 1 lit. a-g SIWZ dla firmy Xeney skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby nie nakazał dokonania przez zamawiającego takiego wezwania, ponieważ oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o czym w dalszej części uzasadnienia.

KIO 2456/14 19

Zarzut bezpodstawnego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwolujący utrzymywał, że niezgodna z doprecyzowaną wyjaśnieniami zamawiającego z dnia 22 września 2014 r., tj. mniejsza częstotliwość sprzątania dla obiektu nr 1 w przypadku niektórych odcinków (nr 2, 15, 33, 51, 52, 70, 77, 92, 108) wskazana przez przystępującego w załączniku nr 1 przesądzała o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią ustaloną przez zamawiającego, z uwzględnieniem ww. wyjaśnień, treści SIWZ, a jednocześnie o obowiązku odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ rozbieżność ta nie mogła zostać usunięta w ramach wyjaśnienia – na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – treści oferty przystępującego. Doprowadziło to do niedopuszczalnych negocjacji w zakresie częstotliwości sprzątania.

W ocenie składu orzekającego Izby w okolicznościach niniejszej sprawy wnioski takie nie jest prawidłowy. Wskazać bowiem należy, że treść załącznika nr 1, postanowieniem Rozdziału IX pkt 4 lit. d SIWZ, została przystępującemu (jak i pozostałym wykonawcom) narzucona przez zamawiającego, który zażądał jego wypełnienia (ostatnia kolumna) w takiej właśnie treści co do częstotliwości sprzątania.

Dostrzeżenia wymaga także, że zamawiający, udzielając wyjaśnień treści SIWZ w piśmie z dnia 22 września 2014 r., wobec stwierdzonych przez proszących o wyjaśnienia wykonawców rozbieżności pomiędzy częstotliwościami wskazanymi w załączniku nr 1 oraz załączniku nr 2a, wskazał oczekiwaną częstotliwość, jednocześnie jednak pozostawił treść SIWZ w dotychczasowym brzmieniu. Nie nakazał nadto wykonawcom, aby dokonywali samodzielnie zmian w składających się na treść oferty załącznikach.

Biorąc pod uwagę pozostawienie przez zamawiającego w załącznikach do SIWZ rozbieżnych treści – po udzieleniu wyjaśnień z dnia 22 września 2014 r. oraz brak wskazania obowiązku poprawy załączników przez samych wykonawców – skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że wyjaśnienie treści oferty przystępującego było dopuszczalne. Wątpliwości, wobec ciążącego na zamawiającym obowiązku jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp) i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie mogą bowiem – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby – obarczać wykonawcy.

Skład orzekający Izby uznał zatem, że zarzut nie potwierdził się.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że złożony przez przystępującego – w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty – załącznik nr 2a także nie był modyfikowany przez zamawiającego.

KIO 2456/14 20

Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89. ust. 1 pkt 2 potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX pkt. 2 c SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców załączenia do oferty *Planu organizacji pracy* z podaniem m.in. proponowanego sposobu załatwiania reklamacji, co – jak zastrzegł zamawiający (uwaga w nawiasie) – miało być zgodne z projektem umowy.

Projekt umowy stanowił załącznik nr 7 do SIWZ.

Zgodnie z § 8 ust. 2 projektu umowy: „Wszelkie reklamacje dotyczące wykonania usług stanowiących przedmiot umowy, w tym dotyczące zachowania się na terenie Zamawiającego osób zatrudnionych przez Wykonawcę, składane będą za potwierdzeniem odbioru w formie pisemnej do brygadzysty lub Kierownika Obiektu, lub faxem na nr przez pracowników Zamawiającego (...)”.

Zgodnie z § 8 ust. 4 projektu umowy: „Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia uzasadnionej reklamacji i usunięcia zaniedbania niezwłocznie, tj. nie później niż w ciągu 6 godzin od czasu zgłoszenia reklamacji. Załatwienie reklamacji wymaga potwierdzenia na piśmie (...)”.

W projekcie umowy zamawiający nie przewidział żadnych przypadków ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy z tytułu wadliwej jakości lub nieterminowego wykonania usługi.

Natomiast w § 14 ust. 1 lit. c projektu umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) zamawiający wskazał: "Zamawiający może odstąpić od umowy m.in. w przypadku wniesienia 30 uzasadnionych reklamacji w okresie jednego miesiąca kalendarzowego lub 60 uzasadnionych reklamacji w okresie obowiązywania umowy".

Przystępujący w swoim *Planie organizacji pracy* (uzupełnionym przy piśmie z dnia 30 października 2014 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 29 października 2014 r.) oświadczył, że dopuszcza zgłoszenie reklamacji, poza zgłoszeniem w formie pisemnej, także zgłoszenie w formie ustnej w przypadku niewielkich, bieżących zastrzeżeń o charakterze jakościowym i organizacyjnym (pkt 1 *Proponowanego Sposobu Załatwiania Reklamacji*).

Przystępujący oświadczył także, że Kierownik Obiektu w porozumieniu z przedstawicielem Zamawiającego wskazanym w Umowie/Załączniku ustala sposób i termin usunięcia usterki (pkt 3 *Proponowanego Sposobu Załatwiania Reklamacji*).

KIO 2456/14 21

Przystępujący oświadczył nadto, że jako zleceniodawca jest zwolniony od odpowiedzialności za wadliwą jakość lub nieterminowe wykonanie czynności m.in. w przypadku:

- a) wystąpienia zakłóceń w dostawie wody lub energii elektrycznej,
- b) remontu lub innych prac prowadzonych przez Zleceniodawcę lub przez niego zleconych do wykonania innemu podmiotowi, które uniemożliwią wykonanie usługi lub narażają na niebezpieczeństwo pracowników Zleceniobiorcy,
- c) wystąpienia innych, niezależnych od Zleceniobiorcy przyczyn, które uniemożliwiają świadczenie usługi" (pkt 4 *Proponowanego Sposobu Załatwiania Reklamacji*).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Porównując objęty treścią oferty przystępującego sposób realizacji zamówienia w zakresie sposobu załatwiania reklamacji (pkt 1 i 3 *Proponowanego Sposobu Załatwiania Reklamacji*) ze sposobem wskazanym przez zamawiającego w § 8 ust. 2 i 4 projektu umowy stwierdzić należy, że przystępujący dopuszczając ustny – w miejsce pisemnego – sposób załatwiania reklamacji oraz wskazując, że termin usunięcia usterki ustalany będzie każdorazowo przez osoby ze strony zleceniodawcy i zleceniobiorcy, zaproponował formę (tryb) mniej rygorystyczny niż wskazany w projekcie umowy, a terminu w ogóle nie wskazał (nie skonkretyzował maksymalnego czasu usunięcia usterki), co nie pozwala uznać, że usterki będą usuwane w maksymalnym, wskazanym przez zamawiającego terminie, tj. w ciągu 6 godzin.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zamawiający w projekcie umowy nie dokonał gradacji reklamacji (nie ma w projekcie umowy „niewielkich bieżących zastrzeżeń”), a jedynie wyróżnił reklamacje uzasadnione, których limit – 30/60 odpowiednio w miesiącu/w okresie obowiązywania umowy – uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy.

Tak poważna sankcja – odstąpienia od umowy – wymaga rygorystycznego traktowania reklamacyjnych postanowień umownych.

W odniesieniu do odpowiedzialności przystępującego za wykonywanie usługi stwierdzić należy, że skoro w projekcie umowy zamawiający nie wprowadził żadnych ograniczeń w tym zakresie, a przystępujący nie doprowadził na etapie przed terminem składania ofert do modyfikacji SIWZ, to ograniczenie przez przystępującego swojej odpowiedzialności we wskazanych w *Proponowanym Sposobie Załatwiania Reklamacji* przypadkach stanowi o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, tj. treścią stanowiącą załącznik nr 7 do SIWZ projektu umowy.

Wobec stwierdzonych powyżej niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia

KIO 2456/14 22

oferty przystępującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89. ust. 1 pkt 2 potwierdził

się.

Skład orzekający Izby wskazuje także, że przystępujący wycenił pozycję 30 załącznika odnoszącego się do budynku nr 4 (budynek szpitalny przy ul. Wawelskiej 15) na 0 zł, co wobec braku zakazu w tym zakresie w treści SIWZ, należy uznać za dopuszczalne i zgodne z SIWZ.

Zarzut zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwolujący oparł zarzut na własnych wyliczeniach, tj. m.in. przyjął że miesięczny koszt amortyzacji sprzętu wynosi ok. 10 000 zł netto, zaś miesięczny koszt środków czystościowych i dezynfekcyjnych to 20 000 zł netto.

W konsekwencji przyjęcia miesięcznego kosztu świadczenia usługi w wysokości ok. 48 000 zł netto (jako minimalnego) i porównania go do miesięcznej ceny usługi zaoferowanej przez przystępującego (189 699,86 zł netto) odwołujący wyliczył, że przystępujący na 1 etat przeznaczył 997,87 zł netto – $[(189\,699,86 - 48\,000)/142] = 997,87$ zł (winno być: 997,89 zł), co jest kwotą niewystarczającą na pokrycie miesięcznego wynagrodzenia dla pracownika zatrudnionego na cały etat.

W toku rozprawy przystępujący ujawnił, że udostępniająca mu zasoby firma Xeney wydzierżawiła mu wskazany w załączniku nr 3 do SIWZ sprzęt (sprzęt ten co do rodzaju i liczby wyczerpuje sprzęt niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia wskazany przez zamawiającego w SIWZ).

Na podstawie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, zawartych w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 5 listopada 2014 r. (§ 4 umowy zawartej pomiędzy Xeney a przystępującym) skład orzekający Izby ustalił, że miesięczne wynagrodzenie firmy Xeney z tytułu dzierżawy udostępnionego sprzętu jest znacząco niższe od wskazanego przez odwołującego kosztu amortyzacji sprzętu (10 000 zł), a także że wysokość uzyskanego upustu od wskazanego w wyjaśnieniach producenta pozwala przystępującemu na zakup środków czystościowych i dezynfekcyjnych w skali miesiąca (po przeliczeniu wskazanego kosztu zakupu rocznie) za cenę znacząco niższą od wskazanej przez odwołującego (20 000 zł).

KIO 2456/14 23

Wobec znacznych, uzasadnionych (wynikających z załączonych do wyjaśnień umów) wskazanych powyżej różnic (miesięcznie) skład orzekający Izby uznał, że twierdzenie o przeznaczeniu przez przystępującego na 1 etat kwoty 997,87 zł jest nie do utrzymania.

Co więcej, wskazać należy, że okolicznościami które uzasadniają zaoferowaną przez przystępującego cenę, który chce usługę realizować w oparciu o zasoby (m.in. 71 osób) zarejestrowanej w Wielkiej Brytanii firmy Xeney są obowiązujące w Wielkiej Brytanii ulgi (kwota wolna od podatku w roku 2014/2015 w przypadku podatku dochodowego 20% to 10 000 funtów, kwota wolna od podatku VAT to 70 000 funtów, a także odpisy (Xeney odpisuje od podatku ok. 72-144 funtów rocznie za każdego pracownika – w zależności od wysokości jego wynagrodzenia).

Odwolujący nie podnosił, iżby którykolwiek inny wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu mógł korzystać z „dobrodziejstw” systemu podatkowego i ubezpieczeniowego obowiązującego w Wielkiej Brytanii.

Z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego (Wskaźnik zysku) wynika także, iż oferując realizację przedmiotowego zamówienia przystępujący zagwarantował sobie także zysk z tego przedsięwzięcia.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia z dnia 5 listopada 2014 r. nie potwierdzają, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowałoby zamawiającego do odrzucenia jego oferty (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Zarzut uznania przez zamawiającego za zasadne zastrzeżenie jawności informacji

zawartych w wyjaśnieniach przystępującego oraz utajnienia wyjaśnień przystępującego dotyczących składników cenotwórczych i uznanie ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy wyjaśnienia te nie spełniają warunków uznania ich za tajemnicę i jako element treści oferty tego wykonawcy winny być udostępnione innym wykonawcom, czym zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji częściowo się potwierdził.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Bezsporny był fakt, że zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich informacji zawartych w piśmie przystępującego z dnia 5 listopada 2014 r., tj. informacji składających się na treść wyjaśnień, jakie przystępujący złożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 3 listopada 2014 r.

KIO 2456/14 24

Zamawiający uwzględnił odwołanie, zaś przystępujący, który wniósł sprzeciw wobec tego uwzględnienia oświadczył w toku rozprawy, że w ramach wyjaśnień z dnia 5 listopada 2014 r. informacjami wymagającymi ochrony jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są jedynie informacje zawarte:

- na str. 2 – akapit 3 zaczynający się od „wysokość przykładowych upustów” (do końca tej strony);
- na str. 4 – treść punktu 3 *Koszty sprzętu i maszyn użytych do realizacji zamówienia* oraz akapit 1 punktu 4 *Wskaźnik zysku* zaczynający się od „przy kalkulacji ceny”, na „brutto” kończąc.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego i nie wymagają ochrony, toteż mogły zostać ujawnione przez zamawiającego (zakres niesporny).

Dokonując analizy zastrzeżonych i utrzymanych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego informacji, tj.:

1. informacja o wysokości upustów uzyskanych przez przystępującego od wskazanych z nazwy producentów (nazwy tych producentów wskazano także na str.5 wyjaśnień, gdzie przystępujący ujął wykaz załączonych umów),
2. informacja o wysokości cen poszczególnych materiałów planowanych przez przystępującego do użycia w przedmiotowym zamówieniu w skali roku,
3. informacje o warunkach współpracy z producentami środków chemicznych zawarte w załączonych do wyjaśnień umowach,
4. informacja o warunkach dzierżawy sprzętu od firmy Xeney (tj. podmiot udostępniający w szczególności potencjał techniczny) zawarte w załączonej do wyjaśnień umowie,
5. informacja o wysokości uwzględnionego przez przystępującego przy kalkulacji ceny ofertowej dla potrzeb przedmiotowego postępowania wskaźnika zysku

skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że informacje te niewątpliwie posiadają dla przystępującego wartość gospodarczą (zatem wymagają ochrony), ponieważ są to informacje o kontrahentach (źródła zakupu), warunkach zawieranych umów (wysokości uzyskanych upustów) i o będących ich konsekwencją cenach materiałów, a także o planowanych zyskach, tj. są to informacje o znaczeniu kluczowym dla prowadzonej przez podmiot działalności biznesowej i jego pozycji na konkurencyjnym rynku.

Informacje te nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i zostały wobec nich podjęte niezbędne działania w celu zachowania ich poufności – załączone do wyjaśnień umowy zawierają postanowienia o obowiązku zachowania informacji w nich zawartych w poufności przez obie strony.

KIO 2456/14 25

Natomiast informacje zawarte w ramach punktu 3 *Koszty sprzętu i maszyn użytych do realizacji przedmiotu zamówienia* o nawiązaniu współpracy z firmą Xeney i o użyczeniu przystępującemu konkretnych, wskazanych w załączniku nr 3 do SIWZ zasobów nie

stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, ponieważ zostały już ujawnione w treści zobowiązania tego podmiotu załączonego do oferty przystępującego. W toku rozprawy, w ramach swojej wypowiedzi, przystępujący ujawnił także informację zawartą w ww. punkcie 3, iż sprzęt został przystępującemu wydierżawiony, toteż i ta informacja została już ujawniona do publicznej wiadomości. Oznacza to, że utraciła status informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa (utrata jednej z trzech przesłanek kwalifikujących informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa).

Skład orzekający Izby uznał nadto, że informacje zawarte w Certyfikacie TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, ponieważ zastrzeżenie ich wynikało jedynie z faktu, że Certyfikat znalazł się wśród załączników do wyjaśnień przystępującego z dnia 5 listopada 2014 r., jednak brak jakichkolwiek powodów, aby uznać, że stanowił on załącznik do którejkolwiek z umów, co do treści których strony zobowiązały się zachować poufność (brak oznaczenia jako załącznik umowy). Uznać także należy, że przystępujący, który certyfikat uzyskał jest wręcz zainteresowany, aby ujawniać ten fakt, ponieważ świadczy to o stosowaniu przez przystępującego określonych standardów świadczenia usług.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut uznania przez zamawiającego za zasadne zastrzeżenie jawności informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego oraz utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego dotyczących składników cenotwórczych i uznania ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa częściowo się potwierdził i nakazał ujawnienie tych informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego.

Zarzut dokonania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Wskazać należy, że kryteriami oceny ofert mogą być: cena oraz inne kryteria przykładowo jedynie wskazane w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający poprzestał na wskazaniu jedynie kryterium ceny jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej (Rozdział XVII SIWZ).

Odwolujący nie podał nawet, jakież to inne – poza ceną – kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty zastosował zamawiający, dokonując wyboru oferty przystępującego.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

KIO 2456/14 26

W konsekwencji uznania, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i ujawnienia części niezasadnie utajnionych przez przystępującego informacji skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut bezpodstawnego wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Clar System S.A. Hospital System sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ich oferty w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania, ponieważ brak jest w tym zakresie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i możliwości poniesienia przez odwołującego szkody. Podnieść bowiem należy, że – jak wynika z pkt 13 *Protokołu* – oferta odwołującego została sklasyfikowana wyżej (84,6155 pkt) niż oferta wykonawców, których zarzuty odwołującego dotyczą (73,6372 pkt) – oferta odwołującego jest ofertą z niższą ceną, a cena – zgodnie z Rozdziałem XVII SIWZ – stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec potwierdzenia się niektórych z podniesionych przez odwołującego zarzutów skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie, uznając że zaniechania zamawiającego miały wpływ na wynik postępowania skoro zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać odrzucona.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku postępowania – na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1) oraz pkt 2) lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: