

WYROK
z dnia 5 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 grudnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „IMPEL CLEANING” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i „HOSPITAL SERWS PARTNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” spółkę komandytową – 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, 26-617 Radom, ul. Juliana Aleksandrowicza 5**

przy udziale **Spółdzielni Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie, 31-215 Kraków, ul. śabiniec 46**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, 26-617 Radom, ul. Juliana Aleksandrowicza 5 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „IMPEL CLEANING” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i „HOSPITAL SERWS PARTNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” spółkę komandytową – 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118,**

Sygn. akt KIO 2756/10

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, 26-617 Radom, ul. Juliana Aleksandrowicza 5** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „IMPEL CLEANING” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i „HOSPITAL SERWS PARTNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” spółki komandytowej – 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118,** stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2756/10

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo

zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia „na kompleksowe specjalistyczne utrzymanie czystości, dekontaminację pomieszczeń i sprzętów, transport wewnętrzny, czynności pomocowe oraz utrzymanie terenów zewnętrznych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Radomiu” (sprawa nr 64/2010).

14 grudnia 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: „IMPEL CLEANING” spółce z o.o. i „HOSPITAL SERWIS PARTNER spółka z o.o.” sp. k. z siedzibą we Wrocławiu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie.

23 grudnia 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, od zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty, którą uznał za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w zarzutach odwołania:

1. Niedopełnienie obowiązku wynikającego z art. 93 ust. 3 pzp, polegającego na nieujawnieniu w ramach prowadzonego postępowania informacji zakwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód”.
2. Zaniechanie wezwania Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaproponowanej w ofercie, zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty z uwagi na rażąco niską cenę złożonej oferty, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pzp.
3. Zaniechanie odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”, jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”), zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”.
2. Odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z uwagi na rażąco niską cenę złożonej oferty oraz niezgodne z obowiązującymi przepisami utajnienie części oferty w zakresie planu higieny i planu szkoleń.
3. Powtórzenia czynności oceny ofert.

Sygn. akt KIO 2756/10

4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał w szczególności na następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania:

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia co do zasady jest jawne. Nie ujawnia się jedynie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Należy zwrócić uwagę, że przepisy te oznaczają, że jeżeli wykonawca zawiera w ofercie informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z odrębnymi przepisami, to może nie zgodzić się na ich ujawnienie innym osobom. Tajemnica przedsiębiorstwa jest zdefiniowana w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i są to zgodnie z tym przepisem nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przyjęty jest w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że Zamawiający powinni przyjąć na siebie ciężar rzeczywistego i obiektywnego ustalenia, czy w danej sprawie wykonawca miał prawo zabronić ujawniania poszczególnych informacji. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to na zamawiającym ciąży obowiązek badania zasadności dokonanego przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 4 ustawy pzp zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji ze względu na zakwalifikowanie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy Zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w

rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy pzp (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05). Zgodnie z pismem z 15 listopada 2010 r. Zamawiający powziął zasadne wątpliwości, co do zasadności dokonanego zastrzeżenia przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód”. Należy podkreślić, że plan higieny został sporządzony w oparciu o wymogi s.i.w.z. i rozszerzony o środki myjące i środki dezynfekcyjne oraz stosowany przy poszczególnych czynnościach sprzęt. Ww. środki również zostały dostosowane do wymagań opisanych przez Zamawiającego, a zatem nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie należy stanowczo podkreślić, że

Cena zaproponowana przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie jest ceną

4

Sygn. akt KIO 2756/10

nierealistyczną i nieprawdopodobną, oraz nieodzwierciedlającą obowiązujące na rynku stawki przy realizacji podobnych zamówień. W opinii Odwołującego, cena ta jest zaniżona oraz nieadekwatna do rzeczywistej wartości zamówienia. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych podobnych zamówień, wskazując na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej, a także ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. Dla uznania, że cena jest rażąco niska, konieczne jest wykazanie, iż przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę, czego w przedmiotowym postępowaniu Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” nie wykazała. Jeżeli wykonawca deklaruje niższą cenę ofertową od wynikającej z przyjęcia stosowanych w terenie stawek, a deklarowana cena spełnia wymóg aktualności na dzień rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia, uzasadnione jest ustalenie, w trybie procedury określonej w art. 90 ustawy pzp, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy również zwrócić uwagę, że Zamawiający w SIWZ żądał dołączenia do oferty wykazu środków niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 7a w pkt. 11 Zamawiający wymagał preparatu do czyszczenia i usuwania osadów z kamienia z niecki basenowej na bazie kwasu fosforowego i tenzydów, zawierającego inhibitory korozji, bezbarwnego, w postaci koncentratu, pH koncentratu 1,5 lub pH 1. Wykonawca na 61 stronie swojej oferty, w odpowiedzi na w/w wymóg Zamawiającego wskazał preparat Taski Sani Calc (pkt 11 tabeli). Zaproponowany przez Wykonawcę preparat nie spełnia wymagań opisanych przez Zamawiającego w s.i.w.z. Zgodnie z kartą charakterystyki załączoną przez Wykonawcę na 842 stronie jego oferty, zaproponowany środek charakteryzuje się czerwoną barwą koncentratu i roztworu. Zamawiający wymagał natomiast preparatu nieposiadającego zabarwienia. W związku z powyższym Wykonawca nie spełnił wymagań s.i.w.z.

Ponadto, Zamawiający w pkt. 2/2.2/2.2.26 na 11 str. s.i.w.z. wskazał, iż w ramach wykonywanego zamówienia Wykonawcy zobowiązani są uzupełniać mydło, mydło do chirurgicznego mycia rąk, środek dezynfekcyjny oraz emulsję pielęgnującą w konfekcjonowanych, jednorazowych opakowaniach. Wykonawca nie zaproponował w swojej ofercie mydła do chirurgicznego mycia rąk oraz środka dezynfekcyjnego i emulsji pielęgnującej w konfekcjonowanych, jednorazowych opakowaniach. Zamawiający w pkt. 8/1/21 s.i.w.z. wymagał dołączenia do oferty wykazu środków eksploatacyjnych i środków czystości wykorzystywanych do wykonania usługi, sporządzonych według załącznika 7 i 7b z podaniem nazw handlowych oraz producenta, dodatkowo w odpowiedzi na pytanie z dnia 28 września 2010 r. wskazał, iż Wykonawca ma dołączyć wykaz wszystkich środków niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe należy

5

Sygn. akt KIO 2756/10

stwierdzić, iż Wykonawca przy użyciu zaproponowanych w ofercie środków nie będzie w stanie wykonać wszystkich czynności objętych przedmiotem zamówienia, a jego oferta podlega

odrzuconiu, ponieważ jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z.

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

28 grudnia 2010 r. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód”, na skutek wezwania Zamawiającego z 27 grudnia 2010 r., zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Kopia odwołania przekazana przez Zamawiającego 27 grudnia 2010 r. wraz z wezwaniem nie odzwierciedlała w pełni treści odwołania wniesionego przez Odwołującego, gdyż brak w niej było pkt. 3. na drugiej stronie odwołania. Zostało to spowodowane tym, iż Odwołujący dwukrotnie 23 grudnia 2010 r. przesał do Zamawiającego faksem 5 stron obejmujących właściwą treść odwołania, w pierw w ramach 30 stron odwołania wraz z załącznikami, a później odrębnie 5 stron odwołania, zawierających dopisane w zwięzłym przytoczeniu zarzutów „zaniechanie odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, jako niezgodnej z SIWZ, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych”.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i Odwołujący uścił wpis od odwołania – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący.

W szczególności Izba zważyła, iż w niniejszej sprawie nie zaszła przesłanka wskazana w przepisie art., 189 ust. 2 pkt 7 pzp, gdyż Odwołujący przekazał Zamawiającemu 23 grudnia 2010 r. za pośrednictwem faksu kopię odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Na ocenę prawidłowości dopełnienia tego obowiązku wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 pzp nie ma wpływu okoliczność, iż dopiero przy drugiej transmisji faksowej została przekazana wierna kopia wniesionego odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

6

Sygn. akt KIO 2756/10

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 września 2010 r. pod nr 2010/S 173-264676, z tym że 2 września 2010 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zamieścił ogłoszenie o zamówieniu na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.wss.com.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 23.606.557,38 zł, co stanowi równowartość 6.149.142,32 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, w wysokości 24.000.000,00 zł.

Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” złożyła ofertę z ceną wynoszącą 22.651.717,64 zł, oferta Odwołującego na kwotę 24.403.671,02 zł jest druga pod względem ceny, przy czym zgodnie z postanowieniem pkt. 17.2 s.i.w.z. cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem wprowadzonych zmian oraz udzielonych odpowiedzi na pytania, Zamawiający zawarł następujące postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W pkt. 2 *Opis przedmiotu zamówienia*, w pkt. 2.2. *Realizacja przedmiotu zamówienia*:

„2.2.4. Zapewnienie dostawy materiałów eksploatacyjnych – **załącznik nr 7** tj. środków dezynfekcyjnych, biobójczych (załącznik **7a – wymagania do środków**

dezynfekcyjnych), myjących (załącznik 7b – opis do detergentów) i higienicznych zgodnie z rzeczywistymi potrzebami komórek organizacyjnych objętych usługą sprzątania oraz pozostałych – nieobjętych usługą. Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia rejestru rozchodów materiałów eksploatacyjnych z podziałem na komórki organizacyjne. Rejestr po sprawdzeniu będzie akceptowany przez koordynatora Zamawiającego i będzie podstawą do rozliczeń za wykonaną usługę. Dostawa materiałów eksploatacyjnych na poziomie zapewniającym utrzymanie określonego standardu będzie odbywać się w ramach usługi na koszt Wykonawcy. Do 10 każdego miesiąca Wykonawca dostarczy Zamawiającemu wykaz zużytych w poprzednim miesiącu materiałów eksploatacyjnych ze wskazaniem ilości przypadającej na poszczególne komórki Szpitala”.

„2.2.5. Zamawiający wymaga w czasie trwania umowy dostarczenia środków eksploatacyjnych dla komórek nie objętych usługą sprzątania. Zgodnie z załącznikiem 7 d.

7

Sygn. akt KIO 2756/10

Materiały eksploatacyjne będą dostarczane Zamawiającemu zgodnie z bieżącymi potrzebami. Podstawą rozliczenia za materiał eksploatacyjny pobrany przez komórki organizacyjne nie objęte usługą sprzątania będzie podpisany kwit RW. Ilość pobranych środków zostanie rozliczona według stanu faktycznego po zakończeniu każdego okresu rozliczeniowego”.

„2.2.26. Uzupełnianie dozowników na środek dezynfekcyjny i mydło wykonywać zgodnie z instrukcją obowiązującą w W.Sz.S:

- Wszystkie dozowniki przed napełnieniem – należy rozmontować, umyć, zdezynfekować, wysuszyć i napełnić; w przypadku barku oryginalnych wkładów ze środkiem dezynfekcyjnym, należy wkład zastępczy odpowiednio oznakować (nazwa i seria preparatu, data ważności, podpis osoby napełniającej)
- Dozowniki w gabinetach zabiegowych, opatrunkowych, diagnostycznych, salach R, POP, salach operacyjnych – napełniać wyłącznie mydłem do chirurgicznego mycia rąk;
- Dla oddziału OIOM mydło, środek dezynfekcyjny i emulsja pielęgnująca wyłącznie w konfekcjonowanych jednorazowych opakowaniach;
- W pozostałych pomieszczeniach dopuszcza się używanie mydła do higienicznego mycia rąk”.

W pkt. 8. *Informacja o oświadczeniach i dokumentach i innych materiałach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,*

pkt. 1. „W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawców stawianych mu warunków oferta musi zawierać następujące dokumenty, oświadczenia i inne materiały:”

Pkt 19. tabeli – „Koncept (plan) higieny z podziałem na strefy czystości – uwzględniający wszystkie czynności i miejsca wymienione w SIWZ, minimalną częstotliwość wykonywania tych czynności. Minimalną obsadę kadrową oraz wskazać środki dezynfekcyjne, myjące, czyszczące, konserwujące oraz sprzęt, którymi poszczególne czynności będą wykonywane, zawierający również organizację pracy z uwzględnieniem całodobowej obsługi i obsady na poszczególnych stanowiskach.

Podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy (zgodnie z dokumentem określającym status prawny Wykonawcy lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem)”.

Pkt. 20. tabeli – „Wykaz środków dezynfekcyjnych wykorzystywanych do wykonywania usługi sporządzonych według Załącznika 7 a z podaniem nazw handlowych oraz producenta.

Do oferty należy dołączyć dla każdego środka dezynfekcyjnego następujące dokumenty:

8

Sygn. akt KIO 2756/10

- potwierdzenie laboratorium referencyjnego z dokładnym określeniem spektrum działania, rodzaju drobnoustrojów na których były testowane, stężenia roztworów roboczych, czasu działania bójczego w określonym spektrum;

- świadectwo rejestracji, wpis do rejestru wydany przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych dopuszczonych do obrotu na terenie RP,
- deklarację zgodności CE wydana przez Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską,
- aktualna kartę charakterystyki produktu niebezpiecznego wydana przez upoważniony organ,
- ulotki informacyjne które muszą być dostępne w każdej komórce organizacyjnej i zespole zakażeń szpitalnych

Pkt. 21. tabeli – „**Wykaz środków eksploatacyjnych i środków czystości wykorzystywanych do wykonania usługi sporządzonych według Załącznika 7 i 7 b z podaniem nazw handlowych oraz producenta.**

Do oferty należy dołączyć dla każdego środka czystości następujące dokumenty:

- aktualna kartę charakterystyki produktu niebezpiecznego wydana przez upoważniony organ,
- ulotki informacyjne które muszą być dostępne w każdej komórce organizacyjnej i zespole zakażeń szpitalnych.

Dla mydła higienicznego w płynie Zamawiający wymaga wpisu do Krajowego Rejestru Informowania o Kosmetykach.

Pkt 22. Tabeli – „**Wypełniony Załącznik nr 7 d – „Wykaz środków eksploatacyjnych dla komórek nie objętych usługą sprzątnia”.**

W odpowiedziach z 28 września 2010 r. na pytania wykonawców udzielono następujących odpowiedzi na podane poniżej pytania:

Pytanie 11: „Prosimy o skorygowanie numeru załącznika nr 6d. Według zestawienia załączników powinien to być załącznik o numerze 7d”.

Odpowiedź: „Obecny załącznik 6d otrzymuje brzmienie załącznika 7d – zmodyfikowany załącznik w załączeniu”.

Pytanie 16: „Prosimy o informację, czy Zamawiający dopuszcza powiększenie obecnego Załącznika nr 6d w celu dopisania pozostałych środków niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, czy też Wykonawca ma zrobić dodatkowy wykaz na własnym dokumencie zawierającym pozostałe środki niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia?”

Odpowiedź: „Zamawiający nie dopuszcza powiększenia obecnego Załącznika nr 6d w celu dopisania pozostałych środków niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu

9

Sygn. akt KIO 2756/10

zamówienia, Wykonawca ma dołączyć dodatkowy wykaz środków niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia na własnym dokumencie”.

Pytanie 99: „Czy Wykonawca ma zapewnić środek do dezynfekcji rąk personelu medycznego? Jeśli tak to jakiego rodzaju?”

Odpowiedź: „NIE”

W zmodyfikowanym Załączniku 7a pn. *Opis preparatów dezynfekcyjnych I. Preparaty do dezynfekcji powierzchni:*

Pkt. 11 – „Preparat do czyszczenia i usuwania osadów z kamienia z niecki basenowej na bazie kwasu fosforowego i tenzydów, zawierający inhibitory korozji, bezbarwny, postać koncentratu, pH koncentratu 1,5 lub pH 1”.

Oferta złożona przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” zawiera następujące dokumenty i informacje istotne dla rozstrzygnięcia sprawy

Załącznik 7a *Opis preparatów dezynfekcyjnych* – w wierszu tabeli z opisem „preparat do czyszczenia i usuwania osadów z kamienia z niecki basenowej na bazie kwasu fosforowego i tenzydów, zawierający inhibitory korozji, bezbarwny, postać koncentratu, pH koncentratu 1,5 lub pH 1”, w kolumnach *nazwa handlowa* i *producent* wpisano, odpowiednio: „Taski Sani Calc” i „Taski”

Na stronach 840-845 oferty znajduje się *Karta charakterystyki preparatu zgodnie z 1907/2006/WE, Artykuł 31*, sporządzonej 18 marca 2010r., a zaktualizowanej 22 kwietnia 2010 r.

W pkt. 1 *Identyfikacja preparatu i identyfikacja przedsiębiorstwa*, wpisano:

„Nazwa handlowa: TASKI SANI CALC

Producent / Dystrybutor: Diversey Polska Sp. z o.o., ul. Fabryczna 4, 00-446 Warszawa

W pkt. 9 *Właściwości fizyczne i chemiczne*, w *Informacjach ogólnych* podano:

„Postać: Ciecz

Kolor: Czerwony”

W spisie treści oferty wpisano: „Część II – dokumenty wymagane w SIWZ – stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – część tajna, zastrzeżona” oraz załączono Część II na stronach 1082-1247, opatrzone adnotacją „Tajne”.

15 listopada 2010 r. Zamawiający, wskazując, iż działa na podstawie przepisu art. 24 ust. 24 pzp, zwrócił się do Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” o „wyjaśnienie zasadności dokonanego zastrzeżenia, dotyczącego Planu higieny i Planu programu szkoleń pracowników. W opinii Zamawiającego Plan higieny został sporządzony w oparciu o wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozszerzony o środki myjące i środki

10

Sygn. akt KIO 2756/10

dezynfekujące oraz stosowany przy poszczególnych czynnościach sprzęt. Ww. środki również zostały dostosowane do wymagań opisanych przez Zamawiającego. Ponadto zgodnie z orzeczeniem KIO z 5 lutego 2009 sygn KIO/UZP 114/09 i 116/09 nie może być tajemnicą przedsiębiorstwa plan szkoleń pracowników (większość *pracodawców szkoli i ocenia pracowników*).

17 listopada 2010 r. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” wyjaśniła, iż „Plan higieny jest dokumentem o charakterze technologicznym. Zawiera opis metod działania stosowanych przez Spółdzielnię w obiektach służby zdrowia. Metody te stanowią know how Spółdzielni, wypracowane w oparciu o wieloletnie doświadczenie. (...) Informacje te są unikatowe, pozwalają na maksymalizację wydajności stosowanych środków, sprzętów, pracy ludzkiej i jednocześnie pozwalają na zaoferowanie przez Spółdzielnię konkurencyjnej ceny w przetargach publicznych. Ujawnienie publiczne know how Spółdzielni umożliwiłoby konkurencyjnym firmom pozyskanie informacji o najlepszych, zdaniem Spółdzielni, metodach działania, osiągania wysokich wyników przy oszczędnym wydatkowaniu środków. Stąd informacje te mają wymierną wartość gospodarczą. Informacje określone w planie zawierającym organizację pracy również posiadają charakter technologiczny, dotyczą sposobów świadczenia usług oraz metod działania, opracowanych na podstawie doświadczeń, wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorstwa. Są one opracowywane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań. Z tego względu należy uznać, że są to w pewnym stopniu za każdym razem informacje niepowtarzalne. Istotą i zarazem wartością planu organizacji pracy jest opracowany szczegółowy sposób działania, tj. sposób i metoda zorganizowania wszystkich wymaganych czynności w połączeniu ze środkami rzeczowymi, tak aby mógł być osiągnięty cel w postaci wykonania usługi (świadczenia) wysokiej jakości w sposób prawidłowy, sprawny, zapewniający spełnienie wymagań zarówno zamawiającego jak i wymogów, określonych w obowiązujących przepisach prawa (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. KIO/UZP 53/09). Należy stwierdzić, że wiedza w tym zakresie i metody wykonywania w/w usług, jakimi dysponuje Spółdzielnia, stanowią jedną z najistotniejszych wartości firmy. Dodatkowo Spółdzielnia podejmuje niezbędne działania poprzez zarządzenia wewnętrzne oraz wprowadzenie klauzuli o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa w umowach o pracę”.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania,

11

Sygn. akt KIO 2756/10

oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” oraz na podstawie innych przywołanych pism i dokumentów.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz złożone pisemnie lub ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 2 września 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustawy: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się tym interesem, gdyż złożył drugą ofertę pod względem ceny, która jest jedynym kryterium oceny ofert, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”. Natomiast zaniechanie odrzucenia tej oferty naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba ze Stron nie kwestionowała interesu Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z Krakowa w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i zachowując wymóg przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp) – wobec tego wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego („Przystępującym”).

Izba stwierdziła, iż przekazanie Przystępującemu kopii odwołania różniącej się w braku jednego punktu w wyliczeniu zarzutów nie powoduje, iż wymieniony tam zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie podlega kognicji Izby. Izba zważyła, iż z przepisu art. 192 ust. 7 pzp wynika zakaz orzekania przez Izbę co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a nie od tego czy zostały one odzwierciedlone w jego kopii przekazanej Przystępującemu przez

12

Sygn. akt KIO 2756/10

Zamawiającego. Niezależnie od tego należy wskazać, iż przez te zarzuty należy rozumieć również okoliczności faktyczne i prawne przytoczone w odwołaniu w związku z naruszeniem przez dokonywane lub zaniechane przez Zamawiającego czynności przepisów ustawy pzp, a nie wyłącznie „zwięzłe przytoczenie zarzutów” z przepisu art. 180 ust. 3 pzp. W zakresie wskazania okoliczności dotyczących niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią s.i.w.z. przekazana mu kopia odwołania pozwalała na ustosunkowanie się do tych zarzutów gdyż w pełni odpowiadała treści wniesionego odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie musi zostać uwzględnione, gdyż potwierdził się jeden z podnoszonych zarzutów bezpodstawnego zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na występującą w jej treści nieusuwalną sprzeczność z treścią s.i.w.z.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. Natomiast według przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z pkt. 2 s.i.w.z. opis przedmiotu zamówienia obejmuje zarówno pkt. 2.1 – świadczenie usług w zakresie kompleksowego specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętów, transportu wewnętrznego, czynności pomocowych oraz utrzymania terenów zewnętrznych w WSS w Radomiu jak i pkt. 2.2 („Realizacja

zamówienia”), w tym pkt. 2.2.4 – zapewnienie dostawy materiałów eksploatacyjnych (załącznik nr 7), tj. między innymi środków dezynfekcyjnych, biobójczych, dla których wymagania określono w załączniku 7a. Przy tak złożonym (kompleksowa obsługa szpitala w zakresie utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętów, transportu wewnętrznego, czynności pomocowych oraz utrzymania terenów zewnętrznych) i obszernie opisanym przedmiocie zamówienia (obszerny punkt 2 s.i.w.z., oraz kilkadziesiąt załączników), nie ma wątpliwości, iż treść oferty w przedmiotowym postępowaniu wykracza poza wypełnienie formularza oferty (załącznika nr 13), formularza kosztorysu ofertowego (załącznika nr 20 nazwanego *Opisem przedmiotu zamówienia*), to znaczy nie sprowadza się do oświadczenia woli wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. oraz globalną i częściową wyceną oferowanych świadczeń. W oczywisty sposób oferta musi zawierać również uszczegółowienie sposobu realizacji zamówienia, zgodnie z licznymi, ogólnymi i

13

Sygn. akt KIO 2756/10

szczegółowymi wymaganiami Zamawiającego, który nie może się jedynie sprowadzać do prostego przepisania tych wymagań, lecz wymaga od wykonawców sprecyzowania sposobu ich spełnienia, w szczególności przez opracowanie Konceptu (planu) higieny z podziałem na strefy czystości – uwzględniającego wszystkie wymagania określone w s.i.w.z. (poz. 19 tabeli z pkt. 8 s.i.w.z.). Zamawiający zawarł w tabeli zamieszczonej w pkt. 8 s.i.w.z. wymóg złożenia również innych dokumentów, „w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawców stawianych mu warunków”, w istocie nie dotyczących warunków udziału w postępowaniu, takich jak: Wykaz środków dezynfekcyjnych wykorzystywanych do wykonywania usługi sporządzony według załącznika 7 a z podaniem nazw handlowych oraz producenta, wraz z załączeniem dokumentów dodatkowych dotyczących każdego z tych środków (poz. 20 tabeli), Wykaz środków eksploatacyjnych i środków czystości wykorzystywanych do wykonania usługi sporządzonych według załącznika 7 i 7 b z podaniem nazw handlowych oraz producenta, wraz z załączeniem dokumentów dodatkowych dotyczących każdego z tych środków (poz. 21 tabeli), Wykaz środków eksploatacyjnych dla komórek nieobjętych usługą sprzątania, stanowiący wypełniony załącznik 7 d (poz. 22 tabeli) – wymagając od wykonawców konkretyzacji również tych aspektów realizacji zamówienia w treści składanej oferty, pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.

Izba prezentuje pogląd, iż przy zamówieniu, którego przedmiotem jest świadczenie takich kompleksowych usług utrzymania czystości i dekontaminacji, transportu wewnętrznego, a nie dostawa środków i preparatów służących do wykonywania takich usług, możliwym jest takie ukształtowanie wymaganej treści oferty, iż nie będzie ona obejmowała konkretyzacji preparatów identyfikowanych przez nazwę, typ, producenta czy za pomocą innych określeń. W ocenie Izby jednak, to zamawiający kształtując treść s.i.w.z., w tym określając swoje wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia i żądanych dokumentów, przesądza o tym, co wchodzi w zakres wymaganej treści oferty. Przy czym należy zauważyć, iż brak wymagania wymienienia w treści oferty konkretnych preparatów nie stoi na przeszkodzie sprawdzeniu czy będą one odpowiedniej jakości przy realizacji usługi, gdyż na podstawie przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający mogą żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego, w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania (tzw. dokumenty przedmiotowe). Jednocześnie zarówno poprzednio jak i aktualnie obowiązujące rozporządzenie dotyczące rodzajów dokumentów (wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp), jedynie przykładowo wyliczają rodzaje tych dokumentów, pozostawiając zamawiającym swobodę wyboru rodzajów żądanych dokumentów, ograniczoną jedynie wymaganiem niezbędności tych dokumentów dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Jednocześnie taki sposób ukształtowania

14

Sygn. akt KIO 2756/10

treści oferty zapewnia możliwość ewentualnego skorygowania ewentualnych błędów popełnionych przez wykonawców w dokumentach przedmiotowych załączonych do oferty, gdyż same dokumenty składane na potwierdzenie wymagań z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp

podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, natomiast treść oferty jest co do zasady niezmienna i podlega jedynie wyjaśnieniom na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 pzp lub poprawieniu omyłek w zakresie określonym w przepisie art. 87 ust. 2 pzp.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie z postanowień s.i.w.z. wynika jednoznaczny wniosek, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał zawarcia w treści oferty kompletnego wykazu sprecyzowanych co do nazwy i producenta środków dezynfekcyjnych, eksploatacyjnych i środków czystości, przez wpisanie ich zarówno w wypełnionych załącznikach 7, 7a, 7b i 7d (określających szczegółowo rodzaje i parametry wymaganych preparatów), jak i Konceptcie (planie) higieny. Zatem Zamawiający postawił wymaganie sprecyzowania w treści oferty nie tylko sposobu wykonania usług, ale również wskazania listy preparatów, z użyciem których będą one wykonywane. Wobec tego wykonawcy byli zobligowani do zamieszczenia w treści oferty pełnej listy konkretnych preparatów, odpowiadających określonym przez Zamawiającego wymaganiom. Jednocześnie Zamawiający zagwarantował sobie możliwość sprawdzenia czy ujęte w wykazie preparaty odpowiadają tym wymaganiom przez wymaganie załączenia do oferty co najmniej aktualnych kart charakterystyk i ulotek informacyjnych dla wszystkich preparatów z załączników 7, 7a i 7b. Zawarcie. Wobec tego wyłącznie te dokumenty mogą zostać uznane za dokumenty przedmiotowe, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, potwierdzające spełnianie przez wymienione w treści oferty środki wymagań Zamawiającego określonych w Załącznikach 7, 7a i 7b. Jest to o tyle istotne, iż jak wskazano powyżej, wyłącznie takie dokumenty podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp w razie ich niezłożenia lub gdy załączone do oferty dokumenty będą zawierały błędy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp potwierdził się gdyż wskazany w treści tej oferty w pkt. 11 wypełnionego załącznika 7a (strona 61 oferty) preparat Taski Sani Calc, nie odpowiada wymaganiu Zamawiającego określonemu w pkt. 11 załącznika 7a *Opis preparatów dezynfekcyjnych* by preparat do czyszczenia i usuwania osadów i kamienia z niecki basenowej miał postać koncentratu bezbarwnego. Z załączonej do oferty aktualnej karty charakterystyki dotyczącej tego preparatu (strona 842 oferty) wynika, iż jest to koncentrat będący cieczą koloru czerwonego.

Izba stwierdziła, iż z brzmienia pkt. 11 załącznika 7a wynika, iż Zamawiający wymagał zaoferowania preparatu służącego do czyszczenia i usuwania osadów z kamienia z niecki basenowej, który, po pierwsze – miał być na bazie kwasu fosforowego i tenzydów, po

Sygn. akt KIO 2756/10

drugie – miał zawierać inhibitory korozji, po trzecie – miał być bezbarwny, po czwarte – miał mieć postać koncentratu, po piąte – pH koncentratu miało wynosić 1 lub 1,5. Wobec tego między innymi wymagano w tym punkcie zaoferowania bezbarwnego koncentratu. Słowo bezbarwny oznacza „niemający barwy, przezroczysty np. bezbarwny lakier” (Uniwersalny słownik języka polskiego PWN, Wer. 2.0 2006), „pozbawiony barwy, mający kolor nieokreślony” (Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wyd. PWN, przedruk elektroniczny 1997 r.), zatem nie sposób uznać, iż koncentrat Taski Sani Calc o zabarwieniu czerwonym jest bezbarwny. Jednocześnie istniejącej sprzeczności nie można w żaden sposób usunąć w sposób określony przepisami ustawy pzp. Nie stanowi ona bowiem omyłki podlegającej poprawieniu na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pzp, w szczególności innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Przystępujący świadomie zaoferował preparat Taski Sani Calc o zabarwieniu czerwonym, a Zamawiający nie może w tym zakresie zmienić treści tego oświadczenia woli przez wpisanie nazwy innego preparatu, niewynikającego w żaden sposób z treści oferty. Z uwagi na to, iż nazwa tego preparatu wpisana jest w treści wypełnionego załącznika 7a i Konceptu higieny składających się na treść oferty Przystępującego, wezwanie do uzupełnienia załączonych dokumentów przedmiotowych w trybie art. 26 ust. 3 pzp również nie może być zastosowane, gdyż w odpowiedzi na takie wezwanie obiektywnie niemożliwe jest złożenie dokumentów potwierdzających, iż oferowany preparat Taski Sani Calc jest bezbarwnym koncentratem, a jednocześnie nie można załączyć dokumentów dotyczących innych preparatów, gdyż nie zostały one przewidziane w treści oferty, która nie może ulec zmianie.

Natomiast nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego zawarta w złożonym na rozprawie piśmie procesowym, iż ponieważ „preparat Taski Sani Calc spełnia wymagania Zamawiającego odnośnie składu chemicznego, pH roztworu i zakresu działania”, „po analizie wszystkich istotnych parametrów przedstawionego preparatu Zamawiający uznał, że kolor preparatu nie posiada żadnego istotnego znaczenia co do skuteczności w/w preparatu i obszaru jego stosowania. A tym bardziej nie jest to powodem do odrzucenia najkorzystniejszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu”. Zamawiający podniósł też argument znikomej w skali całego zamówienia wartości preparatu, którego zużycie przez okres realizacji zamówienia będzie opiewało najwyżej kilka tysięcy złotych oraz nieracjonalności wyboru z powodu tak nieznacznej rozbieżności oferty droższej o ponad 1700 tys. zł. Zamawiający ma prawo zmieniać opis przedmiotu zamówienia ale tylko przed terminem składania ofert. Natomiast po złożeniu ofert, nawet jeżeli okazało się, że jakieś wymaganie było zbędne lub niemające większego znaczenia dla osiągnięcia zamierzonego przez Zamawiającego celu – odstąpienie od tych wymagań jest już niedopuszczalne.

16

Sygn. akt KIO 2756/10

Narusza bowiem zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp) oraz zasadę pisemności postępowania (art. 9 pzp), gdyż umożliwiałoby Zamawiającemu manipulowanie wynikami postępowania po zapoznaniu się z wykonawcami, którzy złożyli oferty oraz cenami ich ofert, przez pozostawienie sobie arbitralnej możliwości egzekwowania lub nie wymagań literalnie określonych w s.i.w.z. Ani Odwołujący, ani Izba nie ma przy tym obowiązku dociekać celu wymagania przez Zamawiającego bezbarwnego koncentratu jako preparatu do czyszczenia i usuwania osadów i kamienia z niecki basenowej. Natomiast oczywistym jest, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu po otwarciu ofert stał się zainteresowany wyłącznie podważeniem postawionego wymagania, kierując się swoim interesem faktycznym w uzyskaniu realizacji przedmiotu zamówienia za niższą cenę, nawet za cenę odstąpienia od jednego z parametrów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Z analizy całego załącznika 7a wynika, iż Zamawiający na 13 typów preparatu w stosunku do preparatów z pkt. 6, 10 i 11 postawił wymóg bezbarwności, przy czym tylko w stosunku do pierwszego z nich ograniczył to wymaganie do bezbarwności roztworu roboczego. Przemawia to zdaniem Izby za tym, iż określając wymaganie bezbarwności Zamawiający w stosunku do niektórych preparatów dezynfekcyjnych kierował się swoimi potrzebami, które później uznał jednak za nieistotne i niewarte zapłacenia wyżej ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia.

Nietrafne jest również stanowisko Przystępującego, iż zaoferowanie przez niego preparatu o zabarwieniu czerwonym należy rozpatrywać jako powołanie się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego – zgodnie z przepisem art. 30 ust. 4 i 5 pzp. Przywołane przepisy odnoszą się bowiem do sytuacji opisanego przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem norm, aprobat technicznych czy innych specyfikacji technicznych, z dopuszczeniem rozwiązań równoważnych, w której wykonawca składający ofertę z takimi rozwiązaniami równoważnymi ma obowiązek wykazać, iż oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W niniejszej sprawie mamy natomiast do czynienia z odstąpieniem od opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą specyfikacji technicznej i zastąpieniem ich opisem przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych, zgodnie z przepisem art. 30 ust. 7 pzp. Jednym z tych wymagań w odniesieniu do preparatu służącego do czyszczenia i usuwania osadów z kamienia z niecki basenowej jest to by był to bezbarwny koncentrat, czego Przystępujący nie spełnił w złożonej ofercie.

Natomiast zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie potwierdził się co do niezgodności treści tej oferty z treścią s.i.w.z. polegającej na braku zaoferowania mydła do chirurgicznego

17

Sygn. akt KIO 2756/10

mycia rąk oraz środka dezynfekcyjnego i emulsji pielęgnującej w konfekcjonowanych, jednorazowych opakowaniach.

Izba zważyła, po pierwsze, iż z brzmienia przywołanego przez Odwołującego jako podstawa obowiązku zaoferowania tych preparatów postanowienia pkt. 2.2.26 punktów drugi i trzeci s.i.w.z. wynika wymagany przez Zamawiającego sposób dokonywania czynności uzupełniania dozowników na środek dezynfekcyjny i mydło. W zdaniu poprzedzającym wypunktowanie wskazano generalną zasadę, iż czynności te należy wykonywać zgodnie z instrukcją obowiązującą w szpitalu, natomiast wypunktowanie zamieszczone po dwukropku zawiera uszczegółowienie, w punktach pierwszym – dotyczące czynności poprzedzających napełnienie, w punkcie drugim, trzecim i czwartym – wskazujące jakimi typami preparatów należy napełniać dozowniki znajdujące się w poszczególnych strefach i pomieszczeniach szpitala. W wypunktowaniu drugim uszczegółowiono, iż dozowniki znajdujące się w gabinetach zabiegowych, opatrunkowych, diagnostycznych, salach R, POP i salach operacyjnych, należy napełniać wyłącznie mydłem do chirurgicznego mycia rąk. Natomiast w wypunktowaniu trzecim określono wyjątek, iż w oddziale OIOM obowiązuje uzupełnianie mydła, środka dezynfekcyjnego i emulsji pielęgnacyjnej wyłącznie w formie konfekcjonowanych jednorazowych opakowaniach. Z brzmienia tego postanowienia nie wynika natomiast, iż zapewnienie tych środków, o które należy uzupełniać dozowniki zgodnie z instrukcją obowiązującą w szpitalu, ma zapewnić wykonawca wykonujący te czynności w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto w odpowiedzi na pytanie 99 z 28 września 2010 r. Zamawiający dodatkowo potwierdził, że w zakres przedmiotu zamówienia nie wchodzi zapewnienie przez wykonawców środka do dezynfekcji rąk personelu.

Z kolei wynikający z treści postanowienia pkt. 2.2.4 s.i.w.z. obowiązek zapewnienia środków dezynfekcyjnych, biobójczych, myjących i higienicznych wskazanych w załącznikach 7, 7a i 7 b zgodnie z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego dotyczy ich ilości a nie asortymentu wykraczającego poza zakres typów preparatów wskazanych przez wypunktowanie w tych załącznikach. W odrębnym postanowieniu zamieszczonym w następnym punkcie 2.2.4 s.i.w.z. wprowadzono pierwotnie analogiczną zasadę w odniesieniu do dostarczania środków eksploatacyjnych dla komórek nieobjętych usługą sprzątnia, wymienionych załączniku 7 d. Następnie odpowiedź na pytanie 16. z 28 września 2010 r. zmodyfikowała to wymaganie w kierunku wymagania dołączenia („wykonawca ma dołączyć”) do wypełnionego załącznika 7 d dodatkowego wykazu środków niezbędnych dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia – jednak wyłącznie w zakresie kategorii materiałów eksploatacyjnych dla komórek nieobjętych usługą sprzątnia, to jest w zakresie dostawy do siedziby Zamawiającego środków czystości i innych materiałów eksploatacyjnych. Nie można udzielonej odpowiedzi rozciągać na kategorie preparatów

Sygn. akt KIO 2756/10

wymienionych w załącznikach 7, 7a i 7b, gdyż pytanie dotyczyło wyłącznie dopuszczenia rozszerzenia załącznika 6 d (odpowiedź na pytanie 11 z 28 września 2010 r. wyjaśniła z kolei, iż prawidłowa numeracja tego załącznika to „7 d”).

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp z uwagi na złożenie przez niego oferty zawierającej rażąco niską cenę, zdaniem Izby nie podlega rozpatrzeniu jako przedwczesny. Izba podziela utrwalone w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, iż podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty na tej podstawie musi zostać poprzedzone procedurą wyjaśnień przewidzianą w art. 90 pzp. Natomiast zarzut zaniechania przez Zamawiającego zwrócenia się w trybie art. 90 ust. 1 pzp do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jest w ocenie Izby bezpodstawny. Nie sposób bowiem stawiać Zamawiającemu zarzut, iż zaniechał ustaleń czy oferta Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” zawiera rażąco niską cenę, skoro cena tej oferty stanowi grubo ponad 90% kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia (wartości szacunkowej powiększonej o VAT). Izba nie uznała za przekonujące argumenty Odwołującego podniesione na rozprawie, iż szacunki Zamawiającego nie mogą być już punktem odniesienia, gdyż „rynek” wykonawców zweryfikował je jako zaniżone i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Izba zważyła, iż w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło tylko trzech wykonawców, a różnice cen pomiędzy nimi wyglądają na znaczące wyłącznie w aspekcie wielkości kwot, gdyż oferta Odwołującego jest droższa o ponad 1700 tys. zł, a oferta trzeciego wykonawcy o ponad 5000 tys. zł – od oferty Przystępującego. Jednak biorąc

pod uwagę ujęcie procentowe nie są to już tak znaczne różnice, by uzasadniały podejrzenie rażąco niskiej ceny w najtańszej ofercie Przystępującego, która stanowi blisko 93% ceny oferty Odwołującego i blisko 82% ceny najdroższej oferty. Wobec tego, zdaniem Izby, nawet wąski rynek trzech wykonawców uczestniczących w postępowaniu nie wykazał różnic cen odbiegających od normalnie występujących na rynku konkurujących ze sobą podmiotów gospodarczych. Już z tego powodu Izba uznała za bezcelową podjętą przez Odwołującego na rozprawie próbę wzmocnienia swojej argumentacji przez podanie kilku konkretnych kwot, które miały obrazować poziom kosztów w pierwszym roku realizacji zamówienia w przeliczeniu na miesiąc, wyższej niż kwota, którą za miesiąc wykonywania usługi zaoferował Przystępujący. Po drugie, Odwołujący podając konkretne kwoty, nie wskazał żadnych konkretnych postanowień s.i.w.z., na których oparł swoje wyliczenia. Po trzecie, sam Odwołujący nie wykluczył na rozprawie, iż z uwagi na 48-miesięczny okres obowiązywania umowy, na dalszym etapie jej wykonywania możliwe są oszczędności. Nieskuteczna jest również podjęta przez Odwołującego na rozprawie próba powiązania zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego z objęciem przez niego tzw. Konceptu (planu) higieny z

19

Sygn. akt KIO 2756/10

podziałem na strefy czystości (według terminologii z poz. 19 tabeli pkt. 8 s.i.w.z.) tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż chroniona w ten sposób unikalność i oszczędność metody wykonania zamówienia może tylko przemawiać za na niezasadnością zarzutu rażąco niskiej ceny.

Niezasadny okazał się również zarzut zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak również zarzut zaniechania przez Zamawiającego weryfikacji prawidłowości tego zastrzeżenia. Zdaniem Izby z art. 8 pzp, wobec tego, że zasadą jest jawność postępowania (ust. 1), a wyjątkiem ograniczenie tej jawności (ust. 2), wynika obowiązek dokonania przez zamawiających każdorazowo oceny prawidłowości utajnienia informacji przez wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ust. 3). Weryfikacji tej należy dokonywać przez pryzmat definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Izba w pełni zatem podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05). Z kolei wynikająca z przepisu art. 96 ust. 3 pzp jawność ofert już od chwili ich otwarcia, wskazuje, iż weryfikacja prawidłowości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w nich zawartych powinna być przeprowadzona niezwłocznie po terminie otwarcia ofert. W okolicznościach niniejszej sprawy niewątpliwie jest, iż Zamawiający 15 listopada 2010 r. zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Planu higieny i Planu programu szkoleń pracowników, a Przystępujący 17 listopada 2010 r. w odpowiedzi udzielił obszernych wyjaśnień. Doszło zatem niewątpliwie do jakiejś formy weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do tej części oferty, a przez odmowę ujawnienia Odwołującemu informacji tam zawartych Zamawiający wyraził swoją pozytywną ocenę zasadności dokonanego utajnienia. W ocenie Izby ustawa pzp nie przewiduje żadnego szczególnego trybu przeprowadzania tej weryfikacji, a zatem zamawiający nie mają obowiązku informowania „z urzędu” uczestników postępowania o negatywnym lub pozytywnym wyniku przeprowadzonej weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz obowiązani są do udostępnienia informacji, które w sposób nieuprawniony zostały wskazane przez wykonawcę jako stanowiące taką tajemnicę, zainteresowanym domagającym się na podstawie przepisu art. 96 ust. 3 pzp wglądu do ofert. Uczestnikom postępowania zamówieniowego w razie odmowy udostępnienia przez Zamawiającego ofert po terminie ich otwarcia przysługuje odwołanie, przy czym termin na złożenie tego środka ochrony prawnej należy w takim przypadku liczyć zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pzp, a zatem od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej

20

staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 9 września 2010 r. (sygn. akt. KIO 1851/10). W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, iż zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 8 czy art. 96 ust. 3 pzp są spóźnione, gdyż termin otwarcia ofert upłynął 29 października 2010 r. Nawet gdyby przyjąć korzystniejszą dla Odwołującego interpretację, iż wobec braku niezwłocznego przeprowadzenia tej weryfikacji przez Zamawiającego, termin ten nie rozpoczął biegu od tej daty, to nie może być on liczony później niż od 17 listopada 2010 r., kiedy Przystępujący udzielił w tym zakresie wyjaśnień, które pozwalały Zamawiającemu na podjęcie decyzji. Nie ma natomiast żadnego uzasadnienia dla liczenia tego terminu dopiero od zawiadomienia przez Zamawiającego o wyniku postępowania, gdyż z przepisu art. 92 pzp nie wynika, iż jego elementem są informacje dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych ofertach.

Na marginesie Izba zauważa jednak, iż wymaganie przez Zamawiającego sporządzenia przez wykonawców we własnym zakresie konceptu (planu) higieny, uwzględniającego wszystkie wymagania s.i.w.z., niesprowadzające się zatem do wypełnienia przygotowanego wzoru, lecz opracowania własnej koncepcji realizacji zamówienia – wskazuje na potencjalną możliwość objęcia jej w przedmiotowym postępowaniu tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż może stanowić informację o charakterze technologicznym mającą wartość gospodarczą, nieujawnioną do wiadomości publicznej, co do której Przystępujący mógł skutecznie podjąć działania w celu zachowania jej poufności.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

.....