Sygn. akt: KIO 1039/11

WYROK
z dnia 3 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 maja 2011 r.** przez wykonawcę **Eurest Poland Sp. z o.o., ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki, ul. Wieniecka 49, 87-800 Włocławek,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jako **Konsorcjum: Impel Catering Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Szpitalowi Wojewódzkiemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jako Konsorcjum: Impel Catering Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, w zakresie nie zawierającym informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert połączone z wezwaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jako Konsorcjum: Impel Catering Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym;

---

2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Wojewódzki, ul. Wieniecka 49, 87-800 Włocławek** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 złotych 00 groszy** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eurest Poland Sp. z o.o., ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Szpitala Wojewódzkiego, ul. Wieniecka 49, 87-800 Włocławek** na rzecz **Eurest Poland Sp. z o.o., ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa** kwotę **18 600 złotych 00 groszy** (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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Włocławku.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1039/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wojewódzki, ul. Wieniecka 49, 87-800 Włocławek (dalej:

„zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie żywienia zbiorowego.

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

W dniu 9 maja 2011 r. zamawiający, w formie faksu, zawiadomił wykonawców, w tym wykonawcę – Eurest Poland Sp. z o.o., ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa (dalej: „odwołujący” lub „Eurest”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jako Konsorcjum: Impel Catering Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (dalej: „przystępujący” lub „Konsorcjum Impel”).

W dniu 19 maja 2011 r. Eurest wniósł odwołanie wobec:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Impel
2. zaniechania wezwania Konsorcjum Impel do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
3. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. zaniechania wykluczenia Konsorcjum Impel z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji zaniechania uznania oferty ww. konsorcjum za odrzuconą,
5. zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum Impel jako tajemnica przedsiębiorstwa,

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 ustawy, a w jego następstwie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Impel do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

konsorcjum, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Impel, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum Impel za odrzuconą;
3. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w związku z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych na stronach 109-111 oferty Konsorcjum Impel, pomimo że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa;
4. art. 91 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Impel, która nie mogła być uznana za najkorzystniejszą;
5. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Impel, jako oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. wezwanie Konsorcjum Impel do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
4. odrzucenie oferty Konsorcjum Impel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w razie gdyby wezwany wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. wykluczenie Konsorcjum Impel na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i uznanie jego

oferty za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy;

6. dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił:

1)

Po pierwsze twierdził, że porównując cenę oferty Konsorcjum Impel do ceny zawartej w ofercie odwołującego, jest ona niższa o niemal 20% od ceny zaproponowanej w ofercie odwołującego. Rozbieżność pomiędzy kwotą oferty Konsorcjum Impel a kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest jeszcze większa, bowiem kwota w ofercie Konsorcjum Impel stanowi zaledwie 69% kwoty ustalonej przez

zamawiającego. W ocenie odwołującego powyższe oraz fakt, iż sam zamawiający pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. wezwał Konsorcjum Impel do wyjaśnienia w zakresie cen niektórych pozycji formularza ofertowego, jest więc ewidentnym dowodem, że w przedmiotowej sprawie zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny. Eurest podkreślał, że analiza poszczególnych składników cenotwórczych w przedmiotowym postępowaniu można wskazywać, że podany koszt realizacji usługi został skalkulowany poniżej poziomu jego rzeczywistego wytworzenia. Jego zdaniem koszty realizacji usługi w bardzo niewielkim stopniu zależą od wykonawcy.

W ocenie odwołującego możliwości obniżenia ceny usługi są znacząco ograniczone. Wykonawcy mogą rywalizować pomiędzy sobą wartością marży, nie jest jednak możliwe obniżenie w ten sposób ceny o kwotę ponad 3 mln zł, ponieważ całkowite marże w przypadku tego typu usług nie przekraczają zwykle kilku procent. Zwracał uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu na szczególną uwagę zasługuje fakt, że obsługa żywienia pacjentów była do tej pory realizowana samodzielnie przez zamawiającego, zatem był on najlepiej poinformowany o rzeczywistych kosztach produkcji posiłków. Tym samym ustalona przez zamawiającego kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 10.653.600,00 zł brutto w najlepszym stopniu odzwierciedla rzeczywiste koszty świadczenia usługi. W konsekwencji odwołujący stwierdził, że cena ofertowa Konsorcjum Impel za realizację przedmiotu zamówienia jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, a przede wszystkim nieadekwatna w stosunku do wymagań zamawiającego, a zaniechanie jej wyjaśnienia stanowi rażące naruszenie dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

2)

Kolejno wskazywał, że w ofercie Konsorcjum Impel złożona została decyzja Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu dotycząca pomieszczeń pionu żywienia wraz z kuchnią mleczną na terenie Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego przy ul. Konstytucji 3 Maja 42 w Toruniu. W ocenie odwołującego decyzja ta nie obejmuje swoim zakresem możliwości produkcji posiłków dla odbiorów zewnętrznych (usługa cateringowa). Ponadto Konsorcjum Impel obiektem tym dysponować będzie w okresie krótszym niż wymagane 48 miesięcy od dnia podpisania umowy z zamawiającym. Odwołujący wskazywał, że w treści oferty nie ma również żadnych dokumentów (poza oświadczeniem konsorcjum), że obiekt ten jest zdolny do wyprodukowania dodatkowych 370 posiłków całodobowych. W świetle powyższego odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Impel nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

3)

W kwestii zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum Impel odwołujący twierdził, że dokument potwierdzający dysponowanie kuchnią na okres 48 miesięcy nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Fakt zawarcia

jakiegokolwiek porozumienia na udostępnienie kuchni nie jest informacją techniczną czy technologiczną ani też organizacyjną podlegającą ochronie. Podkreślał, że jeżeli Konsorcjum Impel legitymuje się obiektem będącym własnością podmiotu obowiązanego do stosowania przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej to informacja o udostępnieniu kuchni może być pozyskana od tego podmiotu bez żadnych trudności. Zdaniem Eurest również możliwość podjęcia przez Konsorcjum Impel niezbędnych działań mających na celu zachowanie tej informacji w poufności budzi daleko idące wątpliwości, bowiem jeżeli obiekt kuchni jest obecnie wykorzystywany przez konsorcjum to fakt ten jest znany szerokiemu

gronu osób, nawet postronnych. W opinii odwołującego jedynym celem jaki przyświecał Konsorcjum Impel przy utajnieniu tych dokumentów było utrudnienie weryfikacji jego oferty przez innych uczestników postępowania, ponieważ konsorcjum miało zapewne świadomość, że złożone w części jawnej oferty dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 19 maja 2011 r. odwołujący za pomocą faksu przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 20 maja 2011 r. zamawiający, w formie faksowej, przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 23 maja 2011 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył Konsorcjum Impel. Izba ustaliła na posiedzeniu Izby, że strony otrzymały kopię ww. zgłoszenia. W piśmie przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt. 1 ustawy, gdyż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Z treści odwołania wynika, że odwołujący kwestionuje ofertę Konsorcjum: w składzie Impel Catering Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Tymczasem w postępowaniu oferta została złożona przez Konsorcjum: w składzie Impel Catering Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. spółka komandytowa. W ocenie przystępującego odwołujący nie dochował należytej staranności, gdyż zarzuty odwołania dotyczą podmiotu, który faktycznie nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący stwierdził także, że zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego oferty Przystępującego uznać należy za wniesiony po terminie. Zgodnie z pismem nr Sz.W./DIZ/I/2011 z dnia 23 marca 2011r. termin składania ofert został wyznaczony na dzień 6 kwietnia 2011 r., zatem w ocenie Konsorcjum Impel termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 16 kwietnia 2011 r.

Niezależnie od powyższego przystępujący oświadczył, że popiera w pełni stanowisko zamawiającego dotyczące zasadności czynności oceny i wyboru, jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. W konsekwencji przystępujący wskazywał, że wszystkie zarzuty i żądania odwołującego należy uznać za chybione, zaś odwołanie winno zostać oddalone.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

1)

Zgodnie z protokołem przedmiotowego postępowania w dniu 9 lutego 2011 r. zamawiający, w oparciu o rozeznanie rynku, dokonał oszacowania przedmiotu zamówienia na kwotę 11.361.600,00 zł netto, co stanowiło równowartość 2.959.520,71 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających – 2.272.320,00 zł (co stanowi równowartość 591.904,14 euro).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jako zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji zamówienia – 10.653.600,00 zł brutto.

W specyfikacji w rozdziale XII siwz „Wybór najkorzystniejszej oferty” w pkt. 1 zamawiający określił, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena (100%).

W rozdziale XII „Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty” zamawiający wskazał, że jedyne kryterium w niniejszym postępowaniu stanowi łączna cena za realizację przedmiotu zamówienia (100%).

Zgodnie z treścią protokołu postępowania w dniu składania ofert do zamawiającego wpłynęły 2 oferty, w których wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia za następujące kwoty brutto:

1. Eurest - 9.118.067,76 zł,
2. Konsorcjum Impel – 7.409.545,04 zł.

W odpowiedzi na pytania wykonawców do treści specyfikacji z dnia 3 marca 2011

r. zamawiający wyjaśnił:
Pytanie 20 – Jaka jest ilość pacjentów brana pod uwagę do wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia ?

Odpowiedź zamawiającego: Do wyliczenia wartości szacunkowej brana byłą ilość 500 pacjentów ze względu na zamówienia uzupełniające.
2) i 3)

W części IV specyfikacji w pkt. 2 ppkt. C zamawiający określił m.in., że w celu spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia wykonawca winien wykazać, że posiada lub dysponuje przynajmniej jedną placówką (kuchnia) do przygotowania posiłków (w przypadku awarii kuchni w Szpitalu Wojewódzkim, we Włocławku), w odległości nie dalszej niż 60 km od Szpitala Wojewódzkiego, 87-800 Włocławek, zdolną do wykonania dodatkowo minimum 370 posiłków całodobowych (czyli śniadań, obiadów, kolacji) z zastosowaniem diet.

W wyjaśnieniach do treści siwz, pismem z dnia 21.03.2011 r. zamawiający doprecyzował, że wykonawca winien dysponować kuchnią przez cały okres wykonywania zamówienia, tj. 48 miesięcy od daty podpisania umowy (odpowiedź na pytanie nr 65 - str. 9 pisma).

W ppkt. A części IV siwz zamawiający, w odniesieniu do ppkt. C sprecyzował, że wymaga od wykonawców posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności i przedłożenia decyzję/zezwolenie wydanej przez właściwy Państwowy Inspektorat Sanitarny potwierdzającą spełnienie wymagań koniecznych do prowadzenia zakładu żywienia zbiorowego z uwzględnieniem żywienia pacjentów szpitala (przygotowanie posiłków oraz usługa cateringowa/dystrybucja).

W części V siwz wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający w pkt. 5.1 podał m. in.:

1) decyzja/zezwolenie wydaną przez właściwy Państwowy Inspektorat Sanitarny potwierdzająca spełnienie wymagań koniecznych do prowadzenia zakładu żywienia zbiorowego z uwzględnieniem żywienia pacjentów szpitala (przygotowanie posiłków oraz usługa cateringowa/dystrybucja),
2) oświadczenie wykonawcy, że posiada przynajmniej posiada przynajmniej jedną placówką (kuchnia) do przygotowania posiłków (w przypadku awarii kuchni w Szpitalu Wojewódzkim, we Włocławku), w odległości nie dalszej niż 60 km od Szpitala Wojewódzkiego, 87-800 Włocławek, zdolną do wykonania dodatkowo minimum 370 posiłków całodobowych (czyli śniadań, obiadów, kolacji) z zastosowaniem diet.

W pkt. 5.4 zamawiający wskazał, że wykonawcy polegający na zasobach innych podmiotów przy realizacji niniejszego zamówienia obowiązani są do załączenia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddaniu mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że oferta Konsorcjum Impel (str. 49) zawierała oświadczenie że ww. wykonawca jest w posiadaniu kuchni do przygotowania posiłków zdolnej do wykonania co najmniej 370 posiłków całodobowych (czyli śniadań, obiadów, kolacji) z zastosowaniem diet na wypadek awarii kuchni w Szpitalu Wojewódzkim, we Włocławku oraz że kuchnia znajduje się w odległości nie dalszej niż 60 km od Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku.

W części niejawnej oferty (str. 109-111 oferty) przystępujący załączył „Promesę zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej udzielonej Impel Catering Sp z o.o. z siedzibą we Wrocławiu" udzieloną w dniu 1 kwietnia 2011 r. w Toruniu przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydgiera w Toruniu.

W treści ww. dokumentu znajduje się oświadczenie o następującej treści:

1) „1. Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydgiera w Toruniu, zwany dalej WSzZ w Toruniu deklaruje wstępnie gotowość zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej Kuchni Głównej i mlecznej (…) mieszczącej się w Toruniu przy ul. Konstytucji 3 Maja

42 z Impel Catering Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (…) z przeznaczeniem na usługi cateringowe.
3. Promesa udzielona jest na czas oznaczony i obowiązuje od daty jej podpisania do dnia 31.12.2015 r.
4. Umowa najmu powierzchni zostanie zawarta na warunkach odpowiadających zasadom polityki wynajmu lokalu użytkowych, funkcjonujących w WszZ w Toruniu.
5. Przesłankami łącznymi zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej są:
   a) ustalenie trwającego nieprzerwanie stosunku pomiędzy WSzZ w Toruniu i Wnioskodawcą, obejmującego najem powierzchni użytkowej z przeznaczeniem na usługi cateringowe,
   b) brak po stronie WSzZ w Toruniu przeszkody formalno – prawnej,
   c) brak po stronie WSzZ w Toruniu przeszkody natury faktycznej, w szczególności odnoszącej się do sfery polityki organizacyjnej WszZ w Toruniu w zakresie planowanych bądź realizowanych przedsięwzięć.
6. W przypadku niespełnienia którejkolwiek ze wskazanych wyżej przesłanek wystąpienia w stosunek najmu niniejsza Promesa przestaje wiązać WSzZ w Toruniu i staje się bezskuteczna. (…)"

Konsorcjum Impel do oferty załączyło również:

1) pismo Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu z dnia 6 lipca 2010 r. z informacją, że pion żywienia wraz z kuchnią mleczną oraz bufet na terenie Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego przy ul. Konstytucji 3 Maja 42 w Toruniu należące do Impel Catering Sp. z o.o. przy ul. Ślężnej we Wrocławiu zostały wpisane do rejestru zakładów produkujących i wprowadzających do obrotu żywność zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia.
2) decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu nr 155/82/07 z dnia 8 lutego 2007 r. w zakresie zatwierdzenia pomieszczeń pionu żywienia wraz z kuchnią mleczną na terenie Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego przy ul. Konstytucji 3 Maja 42 w Toruniu pod względem spełnienia wymagań koniecznych do zapewnienia higieny w obrocie artykułami spożywczymi i procesie produkcji oraz zabezpieczenia właściwych warunków przechowywania tych artykułów. W obszarze działalności wskazano: przygotowywanie dań gastronomicznych na bazie surowców podawanych na naczyniach wielorazowego użytku.

Izba w poczet materiału dowodowego w przedmiotowej sprawie włączyła:
1) Pismo Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydgiera w Toruniu z dnia 22 kwietnia 2011 r. opatrzone podpisem Z-cy Dyrektora ds. Administracyjno – Technicznych (wraz załącznikiem) w którym wskazano, że z dniem 8 listopada 2011 r. nastąpiło połączenie Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego w Toruniu z Wojewódzkim Szpitalem Zespolonym im. L. Rydgiera w jeden samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej. Z tym dniem Wojewódzkim Szpital Zespolonym im. L. Rydgiera wstąpił we wszystkie stosunki prawne, których podmiotem był Wojewódzki Szpital Dziecięcy w Toruniu. W odpowiedzi na wniosek odwołującego o udostępnienie informacji publicznej Szpital w załączeniu przesłał potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię umowy dzierżawy z dnia 19 października 2010 r. oraz poinformował, że poza ww. umową Szpital w stosunku do wyżej wymienionego podmiotu nie ma innych zobowiązań z tytułu udostępnienia pomieszczeń kuchni na okres dłuższy niż ww. umowa. Izba w oparciu o treść ww. umowy ustaliła, że umowa została zawarta pomiędzy: Impel Catering Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego w Toruniu a jej przedmiotem była dzierżawa pomieszczeń, maszyn i urządzeń kuchni głównej i mlecznej znajdującej się w budynku Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego w Toruniu. Zgodnie z § 9 ww. umowy została ona zawarta na okres od dnia 1 stycznia 2010 r. do dnia 1 listopada 2014 roku.
2) Pismo Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu z dnia 14 kwietnia 2011 r. w którym poinformowano, że decyzja o zatwierdzeniu 155/82/07 z

dnia 8 lutego 2007 r. oraz pismo 6 lipca 2010 r. określają zakres działalności firmy „Impel Catering" Sp. z o.o. natomiast nie określają ilości produkowanych i sprzedawanych posiłków. Dodatkowo wskazano, że do dnia 6 kwietnia 2011 r. nie wydano dodatkowych dokumentów rozszerzających działalność ww. zakładu.

3) Komplet decyzji (7 szt.) wydanych przez Państwowych Powiatowych Inspektorów Sanitarnych (w Warszawie (4 szt.), w Pabianicach (1 szt.), W Poznaniu (1 szt.) oraz Wojskowego Inspektora Sanitarnego, przedłożonych przez odwołującego na okoliczność wykazania, że w decyzjach obejmujące zakresem usługę cateringową każdorazowo taka usługa nie mieści się pod ogólnym pojęciem ale jest odrębnie wyszczególniona.
4) Pismo Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu z dnia 26 kwietnia 2011 r. w którym wyjaśniono, że decyzja o zatwierdzeniu 155/82/07 z dnia 8 lutego 2007 r. określa zakres działalności firmy „Impel Catering" Sp. z o.o. oraz zatwierdza spełnienie wymagań koniecznych do zapewnienia higieny w obrocie artykułami spożywczymi i procesie produkcji oraz zabezpieczenia właściwych warunków przechowywania tych artykułów. W piśmie wskazano, że sprzedaż i wywóz posiłków w ramach cateringu do innych odbiorców jest formą obrotu, a także, iż ww. firma spełnia warunki związane z wywozem posiłków w termosach zapewniając stanowiska do pakowania oraz odpowiednie mycie powracających do zakładu termosów.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. śądania przystępującego w tym zakresie Izba uznała za niezasadne. W związku z powyższym Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1)

Dokonując oceny poszczególnych podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty w zakresie

naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, podniesione w odwołaniu, nie potwierdziły się.

Izba wskazuje, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena" oraz brak jest również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Jednak korzystając z ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.

Wskazać należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego

wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną, która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie zamawiającego ryzyko nieuzyskania danego dobra. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie

zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku). Jednakże nie należy zapominać, iż zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowana w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niska ceną jest nieostra dlatego zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niska ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *„rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”.* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia sygn. akt.: KIO 1515/10).

Izba podkreśla, iż badaniu w zakresie kwestii rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże ceny, jest to pogląd ugruntowany w orzecznictwie od lat. Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czy wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty. Konieczność odnoszenia się do ceny oferty wynika z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy jaki nakłada sankcję wykluczenia wykonawców, których oferty będą złożone z rażąco niską ceną.

Zgodnie z poglądem doktryny jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT. Jednakże to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców, wobec tego są one doskonałym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 2 oferty. Oferta z najniższą ceną to oferta Konsorcjum Impel o wartości 7.409.545,04 zł. brutto i jest o ok. 1.708.525 zł niższa od ceny kolejnej oferty - 9.118.067,76 zł - stanowi ok. 81% ceny tej oferty. W związku z tym Izba uznała, że cena oferty Konsorcjum Impel nie odbiega w znacznym stopniu od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych wykonawców, a zatem nie stanowi zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że w przedmiotowej kwestii to właśnie na odwołującym bezspornie spoczywa ciężar dowodzenia. Jednak odwołujący podczas rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że cena zawarta w ofercie odwołującego nosi

znamiona ceny rażąco niskiej i tym samym zamawiający był zobligowany do wystąpienia do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Reasumując, Izba uznała, że ocena oferty wykonawcy Konsorcjum Impel dokonana

przez zamawiającego jest prawidłowa. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty z uwagi na fakt, że wskazana cena ofertowa zawarta w ofercie Konsorcjum Impel nie jest ceną rażąco niską.

2)

Izba po analizie materiału dowodowego w zakresie zarzutów dotyczący niewykazania przez Konsorcjum Impel spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień oraz dysponowania stosownym potencjałem technicznym do wykonania zamówienia stwierdziła, że zarzuty w części potwierdziły się.

Zamawiający, w części IV specyfikacji w pkt. 2 ppkt. C oraz wyjaśnieniach treści siwz, jasno sprecyzował, że w celu spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia wykonawca winien wykazać, że posiada lub dysponuje przynajmniej jedną placówką (kuchnia) do przygotowania posiłków (w przypadku awarii kuchni w Szpitalu Wojewódzkim, we Włocławku), w odległości nie dalszej niż 60 km od Szpitala Wojewódzkiego, zdolną do wykonania dodatkowo minimum 370 posiłków całodobowych (czyli śniadań, obiadów, kolacji) z zastosowaniem diet. Ww. kuchnią wykonawca powinien był dysponować przez cały okres wykonywania zamówienia, tj. 48 miesięcy od daty podpisania umowy. W celu wykazania spełniania ww. warunku wykonawca miał złożyć oświadczenie, że posiada przynajmniej jedną placówką (kuchnia) do przygotowania posiłków (w przypadku awarii kuchni w Szpitalu Wojewódzkim, we Włocławku), w odległości nie dalszej niż 60 km od Szpitala Wojewódzkiego, 87-800 Włocławek, zdolną do wykonania dodatkowo minimum 370 posiłków całodobowych (czyli śniadań, obiadów, kolacji) z zastosowaniem diet. Bezsprzecznie w pkt. 5.4 siwz zamawiający wskazał, że wykonawcy polegający na zasobach innych podmiotów przy realizacji niniejszego zamówienia obowiązani są do załączenia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddaniu mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest jednak udowodnić

zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przywołany przepis umożliwia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wykazanie spełnienia tych warunków w oparciu o zasoby innego wykonawcy, który nie będzie wspólnie z nim ubiegał się o udzielenie zamówienia.

Powołane wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów są *de lege lata* zrównane w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z właściwościami uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia tzn. tak jakby sam uczestnik posiadał niezbędne wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz posiadał zdolności finansowe.

W przedmiotowym stanie faktycznym złożona wraz z ofertą przez Konsorcjum Impel promesa jest zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia swego potencjału i stanowi dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania składany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba dokonała analizy ww. dokument pod kątem spełnienia wymogów zawartych w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp. Zobowiązanie winno posiadać formę pisemną a jego treść powinna stanowić wiążące oświadczenie woli, dotyczyć okresu wykonywania zamówienia, natomiast jego przedmiot ma stanowić oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych.

W ocenie Izby promesa udzielona przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydgiera w Toruniu co prawda została złożona w wymaganej formie jednak je treść nie

wypełnia w wymagany sposób dyspozycji ww. przepisu, bowiem oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy, w tym przypadku kuchni nie zostało sformułowane w sposób bezwarunkowy. Podmiot udzielający promesy w pkt. 5 ww. dokumentu jasno wskazał, że przesłankami łącznymi zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej są: a) ustalenie trwającego nieprzerwanie stosunku pomiędzy WSzZ w Toruniu i Wnioskodawcą, obejmującego najem powierzchni użytkowej z przeznaczeniem na usługi cateringowe, b) brak po stronie WSzZ w Toruniu przeszkody formalno – prawnej, c) brak po stronie WSzZ w Toruniu przeszkody natury faktycznej, w szczególności odnoszącej się do sfery polityki organizacyjnej WszZ w Toruniu w zakresie planowanych bądź realizowanych przedsięwzięć. Kolejne zapisy promesy tj. pkt. 6, tj. „w przypadku niespełnienia którejkolwiek ze wskazanych wyżej przesłanek wystąpienia w stosunek najmu niniejsza Promesa przestaje wiązać WSzZ

w Toruniu i staje się bezskuteczna”, przesądzają o warunkowości, a tym samym niewłaściwości niniejszego zobowiązania.

Tym samym nie można uznać, w oparciu o treść niniejszego dokumentu wystawionego przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydgiera w Toruniu, że nastąpiło udostępnienie potencjału technicznego wymaganego przez zamawiającego postanowieniami siwz w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby treść zobowiązania wymienionego powyżej podmiotu obarczone jest błędem.

Zatem, odwołując się do ukształtowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącej dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, uznać należy, że błąd taki – jako dotyczący warunków udziału w postępowaniu – podlega usunięciu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dotyczy bowiem dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 3 Pzp. Możliwość skorzystania z art. 26 ust. 3 Pzp. uzależniona jest jednak od braku zaistnienia przesłanek wyłączających możliwość jego zastosowania: unieważnienia postępowania lub odrzucenia oferty. W niniejszym stanie faktycznym nie mamy doczynienia z taką sytuacją, wobec tego zamawiający winien zwrócić się Konsorcjum Impel w trybie ww. artykułu Pzp z prośbą o wylegitymowanie się dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania stosownego potencjału technicznego opisanego w części IV specyfikacji w pkt. 2 ppkt. C. Tym samy zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Impel z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum Impel za odrzuconą, należy uznać za przedwczesne.

W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień zawartego w ppkt. A części IV siwz, zamawiający jasno sprecyzował, że - w odniesieniu do ppkt. C - że wymaga od wykonawców posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności i przedłożenia decyzji/zezwolenia wydanej przez właściwy Państwowy Inspektorat Sanitarny potwierdzającą spełnienie wymagań koniecznych do prowadzenia zakładu żywienia zbiorowego z uwzględnieniem żywienia pacjentów szpitala (przygotowanie posiłków oraz usługa cateringowa/dystrybucja). W części V siwz wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający w pkt. 5.1 wskazał, że wykonawcy mają przedłożyć decyzję/zezwolenie wydaną przez właściwy Państwowy Inspektorat Sanitarny potwierdzającą spełnienie wymagań koniecznych do prowadzenia zakładu żywienia zbiorowego z uwzględnieniem żywienia pacjentów szpitala (przygotowanie posiłków oraz usługa cateringowa/dystrybucja).

Izba stoi na stanowisku, że o ile z treści zawartej w ofercie przystępującego decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu nr 155/82/07 z dnia 8 lutego 2007 r. nie wynika wprost, że ww. decyzja obejmuje swoim zakresem możliwości produkcji posiłków dla odbiorów zewnętrznych (usługa cateringowa) to treść kolejnego pisma Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu z dnia 26 kwietnia 2011 r. rozwiewa wszelkie wątpliwości w tym zakresie, ponieważ wyjaśniono, w nim, że powoływana decyzja o zatwierdzeniu 155/82/07 z dnia 8 lutego 2007 r. zatwierdza spełnienie wymagań

koniecznych do zapewnienia higieny w obrocie artykułami spożywczymi i procesie produkcji oraz zabezpieczenia właściwych warunków przechowywania tych artykułów. Stwierdzenie zawarte w piśmie - „sprzedaż i wywóz posiłków w ramach cateringu do innych odbiorców jest formą obrotu, a także, iż ww. firma spełnia warunki związane z wywozem posiłków w termosach zapewniając stanowiska do pakowania oraz odpowiednie mycie powracających do zakładu termosów" – przesądza o zgodności ww. decyzji z wymaganiami zamawiającego a w konsekwencji o prawidłowym potwierdzeniu spełnieniu warunku udziału w postępowaniu w kwestii posiadania odpowiednich uprawnień.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez odwołującego na rozprawie Izba wskazuje, że pismo Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu z dnia 14 kwietnia 2011 r. potwierdza jedynie wykazywany przez przystępującego w ofercie zakres działalności firmy „Impel Catering" Sp. z o.o. i nie wyklucza możliwości produkcji posiłków dla odbiorów zewnętrznych (usługa cateringowa). Odnosząc się zaś do zarzutu, że decyzja nie określa ilości produkowanych i sprzedawanych posiłków Izba wskazuje, że zamawiający nie zawarł takiego wymogu w części V siwz w pkt. 5.1 w odniesieniu do ww. dokumentu. Wykonawcy w celu potwierdzenia niniejszego warunku mieli jedynie przedłożyć wydaną przez właściwy Sanitarny decyzję/zezwolenie Państwowy Inspektorat potwierdzającą spełnienie wymagań koniecznych do prowadzenia zakładu żywienia zbiorowego z uwzględnieniem żywienia pacjentów szpitala (przygotowanie posiłków oraz usługa cateringowa/dystrybucja).

W kwestii kompletu decyzji (7 szt.) wydanych przez Państwowych Powiatowych Inspektorów Sanitarnych przedłożonych przez odwołującego na okoliczność wykazania, że w decyzjach obejmujące zakresem usługę cateringową każdorazowo taka usługa nie mieści się pod ogólnym pojęciem ale jest odrębnie wyszczególniona, Izba wskazuje, że z przedłożonych decyzji wynika, że praktyka w tym zakresie jest różna. Wobec tego za rozstrzygające w niniejszym stanie faktycznym należy uznać stanowisko organu wydającego decyzję nr 155/82/07 z dnia 8 lutego 2007 r., tj. pismo Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu z dnia 26 kwietnia 2011 r.

---

3)

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego i rozpoznała zarzut dotyczący niezasadnego dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uznając, że zarzut ten został podniesiony w terminie.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie termin na wniesienie odwołania w związku z dokonanym w ofercie Konsorcjum Impel zastrzeżeniem informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa - w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - może rozpocząć bieg najwcześniej od dnia następnego po przesłaniu przez zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została dostarczona odwołującemu w dacie 19 maja 2011 r. za pomocą faksu. Zdaniem Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem przystępującego, który podnosił, że datą od której termin na wniesienie odwołania winien być liczony jest dzień gdy odwołujący mógł powziąć informację o dokonanym zastrzeżeniu, tj. w dniu otwarcia oferty przystępującego.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następstwem stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności ww. zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w chwili gdy zamawiający po przeprowadzeniu odpowiedniego badania 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 mają charakter jawnych wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Istotnym jest, że przepisy nie konkretyzują terminu na dokonanie ww. czynności przez zamawiającego ale oczywistym jest winna być ona przeprowadzona na etapie badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, ponieważ to właśnie wówczas zamawiający bada informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i w zależności od przyjętej oceny udostępnia je wykonawcom albo odmawia ich udostępnienia. Tym samym, aż do

momentu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zamawiający ma możliwość podejmowania czynności w powyższym zakresie. O zaniechaniu zamawiającego w zakresie czynności odtajnienia dokumentów zawartych w ofertach wykonawców, w przypadku gdy nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, możemy mówić dopiero po dokonaniu badania i oceny ofert, której termin upływa wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Wobec tego liczenie terminu na wniesienie odwołania od daty otwarcia ofert w sytuacji, gdy zamawiający jeszcze nie dokonał czynności badania i oceny ofert, sprowadziłoby się jedynie do kwestionowania czynności wykonawcy – dokonania zastrzeżenia, nie zaś działań lub zaniechań zamawiającego. Tym samym skoro odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechań zamawiającego wskazanych w ustawie, to badanie skuteczności dokonanego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element czynności badania i oceny ofert. W takiej sytuacji termin na kwestionowanie dokonanego zastrzeżenia rozpoczyna swój bieg od daty przesłania informacji, o której mowa w art. 92 ust. 1 Pzp (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 322/11).

Izba po zbadaniu zarzutu zaniechania przez zamawiającego ujawnienia w ofercie Impel stanowiących tajemnicę zastrzeżonych Konsorcjum informacji przedsiębiorstwa stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, mających charakter reguły, zawartą w art. 8 ust. 1 Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia, która gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyjątek od niniejszej zasady stanowi art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp.

W myśl art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się 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. Wobec tego informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie trzy przesłanki:

1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, np. formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstw. Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Jednak podkreślić należy, że katalog dokumentów i informacji które można utajnić nie jest

zamknięty.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) to zamawiający jest zobowiązany obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie określonych informacji w ofercie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem.

Z dokumentacji przedmiotowej sprawy wynika, iż zamawiający nie prowadził żadnego postępowania wyjaśniającego zmierzającego do ustalenia charakteru informacji zastrzeżonych w treści oferty Konsorcjum Impel. W zasadzie poprzestał jedynie na zawartej w treści oferty informacji, że w stosunku do dokumentów zawarte na stronie 109 – 111 oferty należy wyłączyć jawność, co należy uznać za niepoprawne.

Zdaniem Izby znajdujące się w części zastrzeżonej oferty przystępującego, tj. w promesie zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej udzielonej Impel Catering Sp z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie mieszczą się w powyższej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób zgodzić się z bardzo ogólną argumentacją przystępującego, który podczas rozprawy podnosił, że zapisy zawarte w pkt. 1 promesy wskazują, że określone podmioty będą podejmować współpracę, natomiast dalsze punkty są uszczegółowieniem zakresu i charakteru tej współpracy.

Izba wskazuje, że fakt obecnej współpracy jednego z członków Konsorcjum Impel ze Wojewódzkim Szpitala Dziecięcego w Toruniu a po połączeniu w dniu 8 listopada 2010 r. ze Szpitalem Zespolonym im. L. Rydgiera w Toruniu, nie posiada charakteru poufnego, bowiem obiekt kuchni głównej i mlecznej znajdującej się szpitalu jest obecnie wykorzystywany przez jednego z członków konsorcjum. Potwierdzeniem niniejszego jest zarówno pismo Zastępcy Dyrektora ww. Szpitala z dnia 22 kwietnia 2011 r., jak również, przekazana na wniosek odwołującego - dostępna publicznie - kopia umowy dzierżawy z dnia 19 października 2010 r., zawartej pomiędzy: Impel Catering Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Wojewódzkim Szpitalem Dziecięcym w Toruniu, której przedmiotem była dzierżawa pomieszczeń, maszyn i urządzeń kuchni głównej i mlecznej znajdującej się w budynku Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego w Toruniu.

Na fakt współpracy pomiędzy ww. podmiotami wskazuje również załączone do oferty Konsorcjum Impel pismo Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu z dnia 6 lipca 2010 r. z informacją, że pion żywienia wraz z kuchnią mleczną oraz bufet na terenie Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego przy ul. Konstytucji 3 Maja 42 w Toruniu należące do Impel Catering Sp. z o.o. przy ul. Ślężnej we Wrocławiu zostały wpisane do rejestru zakładów produkujących i wprowadzających do obrotu żywność zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia oraz decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Toruniu nr 155/82/07 z dnia 8 lutego 2007 r.

Odnosząc się do okoliczności związanych z podejmowaniem współpracy przez Konsorcjum Impel ze Szpitalem Zespolonym im. L. Rydgiera w Toruniu w celu złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu Izba wskazuje, że zastrzeżona promesa oraz zawarte w niej informacje nie dają podstawy do uznania, że ww. dokument ma wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia jego kontroli przez konkurujących wykonawców. Przystępujący nie wskazał w tej mierze indywidualnych uwarunkowań godnych ochrony. Głoszony na rozprawie pogląd ma walor twierdzenia ogólnego. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji.

Przystępujący na rozprawie oświadczył, że dokument (promesa) został złożony w kancelarii tajnej, natomiast osoby, które miały z nim kontakt, złożyły oświadczenie o zachowaniu poufności. Izba wyjaśnienia te uznała za niewystarczające. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego

naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 399/11).

Konkludując, Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 Pzp.

Odnosząc się do powołanego w petitum odwołania naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ustawy należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuję się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy Zarzut powinien zostać zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony, tj. w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2011 r., o sygn. akt. KIO 858/11).

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 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). Izba uwzględniła koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł na podstawie przedłożonej kopii faktury VAT.

Przewodniczący:

……