

Sygn. akt KIO/UZP 114/09
KIO/UZP 116/09

WYROK

z dnia 5 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez

1. Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie

ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków (sygn. akt KIO/UZP 114/09),

2. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning

Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Sp.

z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (sygn. akt KIO/UZP 116/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

106 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład

Opieki Zdrowotnej w Gliwicach,

ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice

protestu z dnia 2 stycznia 2009 r. przy udziale

1. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning

Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Sp.

z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zgłaszających przystąpienie

do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO/UZP 114/09

po stronie Zamawiającego,

- 2. Spółdzielni Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO/UZP 116/09 po stronie Zamawiającego,
- 3. Niro Sp. z o.o. ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO/UZP 116/09 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględni oba odwołania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża 106 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Gliwicach, ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) w tym:
 - a) **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków,**
 - b) **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **106 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Gliwicach, ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice** na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „NAPRZÓD w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

- 3) dokonać wpłaty kwoty **5 887 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **106 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Gliwicach, ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice** na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych, w tym:
- a) **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków,**
- b) **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę *kompleksowego utrzymania czystości w obiektach 106SzWzP-SPZOZ*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 października 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 204-271353. Jak wynika z protokołu postępowania, wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.628.000 zł, tj. 677.826,21 euro.

23 grudnia 2008 r. wykonawcy zostali poinformowani o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Niro Sp. z o.o. Dalsze miejsca w rankingu ofert zajęli kolejno: Spółdzielnia Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie (zwana dalej S.I. „NAPRZÓD”), ISS Facility Services Sp. z o.o. oraz wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o. o. i Hospital Serwis Sp. z o. o. (zwani dalej Impel Cleaning – Hospital Serwis).

2 stycznia 2009 r. Impel Cleaning – Hospital Serwis złożyły protest na: czynność wyboru oferty Niro Sp. z o.o., nieodtajnienie oferty S.I. „NAPRZÓD”, pomimo iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, nieodrzuconie ofert Niro Sp. z o.o. i ISS Facility Services Sp. z o.o., pomimo że oferty te są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest to niezgodność nie podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, nieodrzuconie oferty S.I. „NAPRZÓD”, pomimo że jest ona niezgodna z obowiązującymi przepisami, co narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 – 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z tym Impel Cleaning – Hospital Serwis wniosły o: uchylenie czynności wyboru oferty Niro Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, odtajnienie oferty S.I. „NAPRZÓD” w zakresie błędnie uznanym za tajemnicę przedsiębiorstwa, odrzucenie ofert Niro Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. i S.I. „NAPRZÓD” oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Protest został uzasadniony następująco.

Treść oferty Niro Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodność ta jest istotna i nie można jej poprawić nie zmieniając w istotny sposób treści oferty, zatem nie może być poprawiona w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1. Zamawiający wymagał, aby polimery i inne preparaty stosowane okresowo do konserwacji i pielęgnacji powierzchni podłogowych posiadały właściwości antypoślizgowe (strona 23 pkt XIII/6 Dodatku nr 1). Niro Sp. z o.o. zaproponowała dwie powłoki zabezpieczające powierzchnie *Star* (tam gdzie

nie ma dezynfekcji) oraz *Star Hospital* (tam gdzie jest dezynfekcja). Zaproponowane preparaty nie posiadają właściwości tym zakresie.

2. Zamawiający na str. 25 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Dodatek nr 1) umieścił w formie tabeli szczegółowe wymagania odnośnie poszczególnych preparatów myjąco – dezynfekujących i dezynfekcyjnych, zaznaczając, iż do każdej specyfikacji należy zaproponować preparat spełniający określone kryterium. Zamawiający wskazał m.in. środek do dezynfekcji toalet na bazie podchlorynu sodu obejmujący swoim działaniem bakterie i grzyby w czasie do 15 minut. Zaproponowany przez Niro Sp. z o.o. preparat *Savo WC* nie posiada wymaganego spektrum w czasie do 15 minut. W ofercie nie wskazano również żadnego innego preparatu, który spełniłby wymóg postawiony przez Zamawiającego.

Treść oferty ISS Facility Services Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ:

1. W *Wykazie środków myjących, czyszczących, powłok zabezpieczających powierzchnie* (strona 51 oferty) wykonawca ten przewidział do stosowania preparat *Taski Jontec Restore* jako środek do mycia i pielęgnacji posadzek z użyciem mopa. Jednak preparat ten jest przeznaczony do natryskowej pielęgnacji podłóg wodoodpornych i uzupełniania ubytków przy użyciu maszyn standardowych lub wysokoobrotowych, więc nie może być stosowany do mycia i pielęgnacji posadzek z użyciem mopa.

2. W *Wykazie środków myjących, czyszczących, powłok zabezpieczających powierzchnie* (strona 51 oferty) wykonawca wskazał preparat *Sani Clonet* jako środek do udrażniania syfonów w umywalkach. Producent wyraźnie zaznaczył, że preparat *Taski Sani Clonet* jest środkiem do gruntownego mycia toalet (muszli i pisuarów) i służy do usuwania osadów kamienia i innych osadów, natomiast nie jest środkiem do udrażniania syfonów w umywalkach ani nie nadaje się do mycia armatury. Zawiera on do 20% kwasów organicznych i nieorganicznych, natomiast do czyszczenia (udrażniania) odpływów z umywalk, potrzebne są środki rozpuszczające osady organiczne o pH zasadowym. Wykonawca zatem nie będzie mógł prawidłowo wykonać wskazanej czynności.

3. Zamawiający na str. 25 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Dodatek nr 1) umieścił w formie tabeli szczegółowe wymagania odnośnie

poszczególnych preparatów myjąco – dezynfekujących i dezynfekcyjnych, zaznaczając, iż do każdej specyfikacji należy zaproponować preparat spełniający określone kryterium. Zamawiający wskazał m.in. środek do dezaktywacji moczu, nie zawierający chloru ani innych substancji, które w kontakcie z tą wydalina mogłyby stworzyć niebezpieczne dla zdrowia i środowiska związki o spektrum działania B, Tbc, F, V. Wykonawca w swojej ofercie nie zaproponował żadnego środka, który spełniałby postawione przez Zamawiającego wymagania.

4. Na stronie 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający żądał dołączenia do oferty *Planu higieny wraz z technologią* opracowanego przez wykonawcę na podstawie wymagań minimalnych zawartych w Dodatku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odpowiedzi na pytanie 1. z 27 listopada 2008 r. Zamawiający uściślił, iż „plan higieny winien uwzględniać: czynności sprzątania (mycie, dezynfekcji) terenów wewnętrznych, częstotliwość wykonywania tych czynności, wskazanie środków i sprzętu, którymi te czynności (poszczególne) będą wykonywane”. Przedstawiony przez ISS Facility Services Sp. z o.o. na stronach 53–181 oferty plan higieny nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie wskazania środków i sprzętu, którymi poszczególne czynności będą wykonywane. Wykonawca opracował plan higieny uwzględniając tylko czynności sprzątania oraz częstotliwość wykonywania tych czynności.

Utajnienie przez S.I. „NAPRZÓD” planu higieny i wykazu środków jest nieuzasadnione, ponieważ dane te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co potwierdził wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 595/08), w którym Izba wypowiedziała się jasno co do warunków uznania czegoś za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz rozstrzygnęła, iż zastrzeżone przez S.I. „NAPRZÓD” informacje tożsame z utajnionymi w niniejszym postępowaniu, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym bardziej, że w innych postępowaniach S.I. „NAPRZÓD” nie utajniała swoich ofert, więc trudno mówić o podejmowaniu przez nią środków w celu ochrony informacji, które i tak nie mają samodzielnej wartości gospodarczej. Postępowanie taki stanowi przesłankę do odtajnienia oferty S.I. „NAPRZÓD” i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

5 stycznia 2009 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. 8 stycznia 2009 r. przystąpienia zgłosili: ISS Facility Services Sp. z o.o. Niro Sp. z o.o. oraz S.I. „NAPRZÓD”.

12 stycznia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest stwierdzając, iż go uwzględnił i powtórzy czynności badania i oceny ofert, w tym co do utajnienia części ofert i pozostałych zarzutów. Czynność ponownego badania i oceny ofert ma charakter najszerszy i konsumuje wszystkie inne czynności wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych, więc wszystkie pozostałe zarzuty nie były badane pod względem merytorycznym jako przedwczesne, gdyż zostaną objęte analizą Zamawiającego w trakcie ponownego badania i oceny ofert, którego dokona niezwłocznie.

Od powyższego rozstrzygnięcia 22 stycznia 2009 r. odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniosła S.I. „NAPRZÓD” oraz Impel Cleaning – Hospital Serwis.

S.I. „NAPRZÓD” wniosła odwołanie w zakresie uwzględnienia protestu Impel Cleaning – Hospital Serwis co do zaniechania odrzucenia oferty S.I. „NAPRZÓD” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów i wniosła o oddalenie protestu w zakresie tego zarzutu.

Wniosek Impel Cleaning – Hospital Serwis o odrzucenie oferty S.I. „NAPRZÓD” był bezzasadny, o ile bowiem protestujący miał prawo wnioskować o odtajnienie oferty S.I. „NAPRZÓD”, o tyle nie można łączyć faktu nieodtajnienia części oferty z jej odrzuceniem. To Zamawiający dokonuje odtajnienia ofert i bezczynność w tym zakresie po stronie Zamawiającego nie może stanowić przesłanki odrzucenia oferty. Wobec braku jakichkolwiek innych argumentów zawartych w proteście przemawiających za odrzuceniem oferty S.I. „NAPRZÓD” należy również uznać za bezzasadne odrzucenie przez Zamawiającego tej oferty.

Doniosłe prawnie znaczenie ma sentencja rozstrzygnięcia protestu, a nie jego uzasadnienie. Dlatego też należy założyć, iż Zamawiający twierdząc, że „uwzględnił protesty Wykonawców” uwzględnił wszystkie wnioski protestu.

Impel Cleaning – Hospital Serwis powtórzyły zarzuty, żądania i argumenty zawarte w proteście. Ich zdaniem mimo uwzględnienia złożonego protestu Zamawiający nie dokonał oceny zasadności żadnego z zarzutów protestu, a jedynie postanowił formalnie powtórzyć czynność oceny ofert, w całości oddalając podnoszone w proteście argumenty. Zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że w postępowaniu protestacyjnym doszło do uwzględnienia protestu.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i postępowania odwoławczego oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż obaj Odwołujący posiadają podstawy oraz interes prawny do złożenia odwołań. Zamawiający rozstrzygając protest i deklarując wykonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, nie sprecyzował, w jaki sposób odniesie się do zarzutów i wniosków przedstawionych w proteście oraz przystąpieniach do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Jak wynika z uzasadnienia rozstrzygnięcia, Zamawiający zadeklarował wyłącznie spełnienie jednego z żądań – czynności ponownego badania i oceny ofert. Najważniejszym żądaniem protestu było jednak żądanie odrzucenia wskazanych, do którego się Zamawiający nie ustosunkował. W związku z takim rozstrzygnięciem, obaj Odwołujący mogą mieć uzasadnione wątpliwości, iż deklarowana przez Zamawiającego czynność nie zostanie wykonana zgodnie z ich żądaniami. Zatem pomimo faktu, iż oba odwołania wywodzą z czynności rozstrzygnięcia protestu odmienne wnioski wniesienie obu odwołań jest uzasadnione.

Izba ustaliła również, iż stan faktyczny – dotyczący w szczególności złożonych dokumentów i zaproponowanych preparatów – nie jest sporny między Stronami, a spór dotyczy jedynie prawnej kwalifikacji zaistniałych sytuacji.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Niro Sp. z o.o. z uwagi na zastosowane środki *Star* i *Star Hospital* – Izba stwierdza, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie dodatkiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, rozdział VIII *Wymagania wobec preparatów myjących i innych czystościowych* pkt 5 (str. 7) preparaty do mycia podłóg muszą być antypoślizgowe. Z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż Zamawiający nie wymagał przedstawienia żadnych informacji dotyczących wskazanych w ofercie preparatów.

W punkcie 24. i 25. *Wykazu preparatów*, str. 60 oferty) Niro Sp. z o.o. zaproponowała środki o nazwie *Star* („powłoka zabezpieczająca tam, gdzie nie ma dezynfekcji”) i *Star Hospital* („powłoka zabezpieczająca tam, gdzie jest dezynfekcja”).

W przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz postępowania odwoławczego Niro sp. z o.o. przedstawiła wydruki dotyczące kwestionowanych środków, z których wynika, iż spełniają one DIN 18 032 rozdział 7.5 *Bezpieczeństwo antypoślizgowe*. Impel Cleaning – Hospital Serwis z kolei nie przedstawiły żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Niro Sp. z o.o. z uwagi na zaproponowany w ofercie jako środek do dezynfekcji toalet środek *Savo WC* (pkt 9. *Wykazu preparatów*, str. 60) Izba stwierdza, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z dodatkiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział IX – tabela *Szczegółowe wymagania dla preparatów myjąco – dezynfekcyjnych i dezynfekcyjnych* pkt 9. Zamawiający wymagał, aby preparat do dezynfekcji toalet na bazie podchlorynu sodu działał w ciągu 15 minut usuwając bakterie (B) i grzyby (F). Z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż Zamawiający nie wymagał przedstawienia żadnych informacji dotyczących wskazanych w ofercie preparatów.

Niro Sp. z o.o. zaproponowała w ofercie preparat *Savo WC*.

Impel Cleaning – Hospital Serwis zarzuciły, iż preparat ten nie działa w ciągu wymaganych 15 minut, jednak nie przedstawiły żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska.

Niro Sp. z o.o. w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz postępowania odwoławczego oświadczyła, iż „preparat *Savo WC* jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wymagał, aby preparat działał skutecznie w czasie 15 na B, F i te wymagania *Savo WC* spełnia.” Przedstawiła również pismo pielęgniarki epidemiologicznej Szpitala Wielospecjalistycznego w Gliwicach z 5 stycznia 2009 r. oraz wydruk dotyczący kwestionowanego środka. Przedstawiony wydruk jest na tyle krótki, iż nie opisuje w całości cech i właściwości produktu. Z jego treści wynika co prawda, iż najlepszy rezultat stosowania można uzyskać pozostawiając preparat na całą noc. Jednak jest to tylko informacja dotycząca optymalnych warunków działania preparatu, natomiast brak jest odniesienia do minimalnego czasu, w którym preparat osiąga swoją skuteczność.

Izba nie wzięła pod uwagę załączonego do przystąpienia pisma podpisanego przez pielęgniarkę epidemiologiczną Szpitala Wielospecjalistycznego w Gliwicach z 5 stycznia 2009 r., ponieważ nieznany jej jest charakter tego pisma oraz podstawa poczynionych ustaleń – jako że autorce pisma nie można przypisać statusu laboratorium albo innej instytucji badawczej lub testującej produkt, zawarte w piśmie stwierdzenia można potraktować wyłącznie jako prywatną opinię osoby o danym preparacie, która nie ma wartości dowodowej w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę fakt, że z przedstawionych twierdzeń i dokumentów nie wynika, iż preparat *Savo WC* nie działa w wymaganym przez Zamawiającego czasie 15 minut, Izba uznała, iż Impel Cleaning – Hospital Serwis nie dowiódł, iż preparat ten nie spełnia wymogu Zamawiającego, do czego był zobowiązany zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego, który jasno wskazuje, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, czyli Impel Cleaning – Hospital Serwis.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ISS Facility Services Sp. z o.o. z uwagi na zaproponowany w ofercie jako środek do *codziennego*

mycia i pielęgnacji posadzek z użyciem mopa (gress, wykładzina TARKET) preparat *TASKI Jontec Restore* Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W tym punkcie oferty (poz. 7 w tabeli *Opis środków myjących, czyszczących, powłok zabezpieczające powierzchnie* zostały wskazane trzy środki: *TASKI Jontec Restore*, *TASKI Jontec Combi*, *Jontec 300*. Nawet jeśli uznać, że wskazanego w proteście i odwołaniu środka *TASKI Jontec Restore* można używać wyłącznie do czyszczenia za pomocą maszyn, przydatność do tego celu pozostałych dwóch środków nie jest kwestionowana.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ISS Facility Services Sp. z o.o. z uwagi na zaproponowany w ofercie jako środek do udrażniania syfonów w umywalkach *Taski Sani Clonet* Izba stwierdziła, iż rzeczywiście w przedstawionym przez Impel Cleaning – Hospital Serwis wydruku wyraźnie zaznaczono, iż preparatu tego nie należy stosować w przypadku powierzchni wrażliwych na kwasy np. cementowych, marmur, emalia oraz do czyszczenia powierzchni galwanizowanych. Zgodnie z zaleceniami producenta środek ten jest przeznaczony do usuwania osadów kamienia wapiennego.

W ofercie nie złożono żadnych informacji dotyczących wskazanych w ofercie preparatów – nie były one wymagane przez Zamawiającego. ISS Facility Services Sp. z o.o. nie wypowiedziała się również w trakcie postępowania w sprawie właściwości tych środków.

Izba stwierdziła, że zarzut, iż środek ten miałby być stosowany do mycia armatury, nie znalazł potwierdzenia w treści kwestionowanego wykazu sporządzonego przez ISS Facility Services Sp. z o.o., w którym wykonawca nie zawarł opisu, iż będzie ten środek stosował akurat do mycia armatur. Natomiast w wykazie tym podano jeszcze inne „środki do czyszczenia wanien, brodzików i umywalek”, oraz „środki do bieżącego mycia urządzeń sanitarnych”, wśród których jest wymieniony m.in. *Into Top*, który pojawia się również w ofercie Impel Cleaning – Hospital Serwis jako przeznaczony do mycia armatury. Zatem zarzut ten nie znajduje potwierdzenia.

Jednak należy przyznać rację twierdzeniu, iż Impel Cleaning – Hospital Serwis, iż z opisu produktu nie wynika, aby był on przeznaczony do udrażniania syfonów.

Potwierdziły się również zarzuty Impel Cleaning – Hospital Serwis dotyczące braku wskazania środka do dezaktywacji moczu wymaganego zgodnie z punktem 10. tabeli *Szczegółowe wymagania dla preparatów myjąco – dezynfekcyjnych i dezynfekcyjnych* (rozdział IX dodatku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz niekompletnego planu higieny (środków i sprzętu).

Są to błędy w ofercie, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba zwraca jednak uwagę na to, iż, jak wynika jednoznacznie z treści § 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia *in fine*, Zamawiający żądał następujących dokumentów:

1. planu higieny wraz z technologią, opracowanego przez wykonawców na podstawie wymagań minimalnych zawartych w dodatku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. wykazu doboru środków czystościowo – dezynfekcyjnych, opracowanego przez wykonawców na podstawie wymagań minimalnych zawartych w dodatku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają określonym przez niego wymaganiom.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu sprzed wejścia w życie nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), gdyż postępowanie zostało wszczęte 21 października 2008 r., tj. przed dniem jej wejścia w życie, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (czyli potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego), lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane

wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Skoro zatem Zamawiający wyraźnie zaznaczył w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jaki jest status żadanego planu higieny wraz z technologią oraz wykazu środków, nie ma wątpliwości, iż podlegają one uzupełnieniu – można stwierdzić, iż odpowiadają one pozycji „opis” usługi wymienionej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155 z późn. zm.). Przy tym spełnianie wymagań Zamawiającego można jeszcze wykazać „na dzień uzupełnienia”.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofercie S.I. „NAPRZÓD” Izba podziela stanowisko Impel Cleaning – Hospital Serwis. W części niejawnej oferty nie stwierdziła informacji, które jej zdaniem miałyby cechy informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Nie posiadają takich cech:

1. ani podział ściereczek i innego sprzętu do sprzątania na kolory (jest to powszechna praktyka przy sprzątaniu, zwłaszcza w szpitalach),
2. ani *Wykaz środków myjąco – dezynfekcyjnych i dezynfekcyjnych* oraz *Wykaz środków myjących i czystościowych*, które nie zawierają nic więcej niż nazwę produktu i zakres stosowania i działania, co jest podane do publicznej wiadomości przez ich producentów,
3. ani częstotliwość mycia poszczególnych pomieszczeń szpitala z uwzględnieniem środków do mycia i dezynfekcji oraz sprzętu przewidzianego do użycia (są to informacje ogólne, poza tym wynika z nich, iż wykonawca nie przewidział w tym zakresie żadnych rozwiązań nowatorskich),
4. ani część dotycząca technologii sprzątania – są to informacje ogólne, poza tym wynika z nich, iż wykonawca również w tym zakresie nie przewidział żadnych rozwiązań nowatorskich ani wyjątkowych, czy to dotyczących

zakresu zadań do wykonania na terenie szpitala i godzin sprzątanania (wynika to z samego zamówienia), czy szkolenia i oceniania pracowników (większość pracodawców szkoli i ocenia pracowników) albo ich wyglądu i kultury osobistej – przy czym dokument ten wykazuje bardzo dużą zbieżność z dodatkiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Za przesądzające o wartości gospodarczej tych informacji nie można w szczególności uznać tego, iż w razie ich ujawnienia konkurujący wykonawcy mogliby zakwestionować sposób wykonania usługi i doprowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, gdyż przeczy to zasadom udzielania zamówień publicznych, w tym zasadzie jawności postępowania.

Jednak niezależnie od powyższego Izba uznała, iż nie ma podstaw do odrzucenia oferty S.I. „NAPRZÓD” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Bowiern bez względu na to, czy S.I. „NAPRZÓD” prawidłowo, czy też nieprawidłowo zastrzegła pewne informacje w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, oświadczenie to jest oświadczeniem odrębnym od samego oświadczenia będącego ofertą. Zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego oferta jest bowiem oświadczeniem złożonym drugiej stronie woli zawarcia umowy określającym istotne postanowienia tej umowy. Natomiast oświadczenie deklarujące chęć nieujawniania pewnych informacji zawartych w ofercie (czy też jego ewentualna bezskuteczność) nie wpływa na samą wynikającą z przepisów prawa ważność tej oferty, do której odnosi się przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności brak wskazania tych „odrębnych przepisów”, które stwierdzają nieważność samej oferty na tej podstawie. Wskazać również należy, iż kwestia ta została jednoznacznie rozstrzygnięta w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05). Jakkolwiek Sąd odnosił się do art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli zgodności oferty z ustawą, jednak argumentacja, zdaniem Izby, ma zastosowanie tym bardziej przy wskazanym art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako przesłance odrzucenia oferty: „W konsekwencji uznać należy, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji

(brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP [obecnie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych], zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta, informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.”

Zgodnie z art. 191 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wyniki postępowania. W niniejszej sprawie Izba uznała, iż czynności dokonane przez Zamawiającego podczas czynności ponownego badania i oceny ofert mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Impel Cleaning – Hospital Serwis w wysokości 3.600 zł, na podstawie załączonego rachunku. , stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. *w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....