

Sygn. akt: KIO 580/12

## WYROK

z dnia 6 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2012 r. przez wykonawcę: **Vector S.A. w Luboniu (62-031), ul. Długa 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Miejski w Sosnowcu (41-219), ul. Szpitalna 1**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Miejskiemu w Sosnowcu** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Profil A Sp. z o.o. w Krakowie** z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Miejski w Sosnowcu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Vector S.A. w Luboniu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Samodzielnego Publicznego Szpitala Miejskiego w Sosnowcu** na rzecz wykonawcy: **Vector S.A. w Luboniu** kwotę **19 127 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto dwadzieścia siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą wpis od odwołania, koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 580/12**

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usług pralniczych i leasing bielizny szpitalnej” zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Szpital Miejski w Sosnowcu, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 249-406448) w dniu 28 grudnia 2011 r.

Pismem z dnia 14 marca 2012 r. Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 23 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Vector S.A. w Luboniu, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

### Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 zdanie drugie, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 386/11. Zamawiający bowiem, mimo, iż w sprawie tej uznał wszystkie zarzuty naruszenia przez niego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zaś Izba, kierując się tym oświadczeniem, umorzyła postępowanie odwoławcze, zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Profil A Sp. z o.o. w Krakowie, zwanej dalej Profil A.

Uwzględniając tak postawione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 24 lutego 2012 r. wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 386/11.

Niezależnie od powyższego odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2), art. 87 ust. 1, art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Profil A z uwagi na:
  - zaoferowanie realizacji usług pralniczych w zakresie bielizny operacyjnej z materiału, posiadającej wpis do rejestru wyrobów medycznych, środkami chemicznymi, które doń stosowane być nie mogą,
  - zaoferowanie realizacji usług pralniczych z użyciem środków, które nie spełniają odnoszących się do dezynfekcji wymogów PZH,
  - zaoferowanie świadczenia powołanych usług bez zachowania pełnej bariery higienicznej.
  - dopuszczenie do zmiany przez Profil A treści złożonej przez tego wykonawcę oferty poprzez złożenie, niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień,
  - niewykazanie przez Profil A, iż zapewnia monitorowanie cyklu prania,
  - nieujęcie w swojej ofercie pełnego zestawu komponentów niezbędnego do realizacji usługi czyszczenia chemicznego
- art. 7 ust. 1 oraz art. 45 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezprawne żądanie od Odwołującego ponownego wniesienia wadium, mimo iż złożona przez niego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą,
- art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Profil A, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, nie złożył on bowiem wraz z ofertą oświadczenia o udostępnieniu mu zasobów złożonego przez podmiot trzeci, które potwierdzać miało fakt użyczenia Profil A agregatu do czyszczenia chemicznego,
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Profil A do złożenia powołanego powyżej oświadczenia podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie Profil A zasobów własnych tegoż podmiotu.

Uwzględniając tak postawione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Profil A z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez Profil A oferty.

### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą. Wnosił on o oddalenie odwołania, twierdząc, iż jest ono bezpodstawne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Wykonawca: Profil A otrzymał kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 23 marca 2012 r. W dniu 26 marca 2012 r. doręczył on Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Nie przedłożył jednak wraz z powołanym zgłoszeniem dowodów przesłania jego kopii Zamawiającemu i Odwołującemu. Zgodnie z oświadczeniami złożonymi w toku posiedzenia Izby z udziałem stron, powołaną kopię Zamawiający otrzymał w dniu 26 marca 2012 r. Profil A twierdził, iż Odwołującemu taką kopię doręczył w dniu 5 kwietnia 2012 r. za pośrednictwem faksu. Okazał on Izbie dowód nadania w tym dniu faksu na numer Odwołującego. Tym samym sam Profil A niezbicie udowodnił, iż kopia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego została przesłana Odwołującemu po upływie określonego prawem terminu. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż określony w art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp termin 3 dni oznaczony dla zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odnosi się również do czynności przesłania kopii powołanego zgłoszenia Zamawiającemu i Odwołującemu. Za taką wykładnią powołanego przepisu przemawia w ocenie Izby zasada szybkości postępowania i wiążące się z nią nierozzerwalnie dążenie do zapewnienia Stronom możliwości poznania kręgu uczestników biorących udział w postępowaniu odwoławczym oraz zapoznania się z reprezentowanym przez nich stanowiskiem. W ocenie składu orzekającego zdanie pierwsze powołanego art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ustanawia warunki co do treści oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz terminu w jakim musi ono zostać zgłoszone, zdanie drugie zaś ustanawia warunki co do jego formy, określając ponadto komu ma ono zostać doręczone

lub przesłane, aby mogło ono zostać uznane za skutecznie dokonane. Dlatego też przepisy te należy czytać łącznie, jako stanowiące jedną normę prawną. Skład orzekający Izby nie znajduje w ich treści uzasadnienia, dla przyjęcia za słuszną tezy, iż nie jest istotną dla oceny skuteczności zgłoszenia przystąpienia okoliczność terminu przesłania jego kopii Stronom postępowania odwoławczego. W tym kontekście należy zauważyć, iż w przywołanym art. 185 ust. 2 w zdaniu drugim ustawodawca uregulował w sposób odmienny obowiązek Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie w odniesieniu do Prezesa Izby i do Stron postępowania odwoławczego – Prezesowi Izby wyznaczonym w zdaniu pierwszym terminie należy bowiem doręczyć zgłoszenie przystąpienia w określonej tym przepisem formie, natomiast Zamawiającemu i Odwołującemu kopia tegoż zgłoszenia ma być jedynie przesłana (termin „przesłanie” został przez ustawodawcę użyty również przy redakcji zapisów art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie moment przesłania informacji rozpoczyna bieg terminu na wniesienie odwołania). Tym samym ustawodawca nie wymaga od Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, aby w terminie 3 dni od doręczenia mu kopii odwołania umożliwił on Stronom postępowania odwoławczego zapoznanie się z treścią zgłoszenia przystąpienia. Ma on jedynie obowiązek w tym terminie przesłać im jego kopię, innymi słowy nadać ją za pomocą dopuszczonego przepisami sposobu przesyłania informacji, chociażby faksem lub drogą elektroniczną. W rozpatrywanym przypadku ciężar dowodu spoczywał na Wykonawcy zgłaszającym przystąpienie i to on powinien wykazać, że dochował przewidzianych ustawą terminów na przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tymczasem, jak przyznał sam Profil A, wykonawca ten przesłał powołaną kopię w ustawowym terminie jedynie do Zamawiającego. Tym samym nie udowodnił on spełnienia obowiązku nałożonego na niego przepisami prawa. Wobec powyższego Izba uznała, iż Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Profil A Sp. z o.o. w Krakowie nie uzyskała statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone przez strony w toku postępowania odwoławczego, z zastrzeżeniem, iż Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z opatrzonego datą 22 grudnia 2011 r. dokumentu „Opis procesu technologicznego prania i dezynfekcji bielizny”. Jak przyznał Odwołujący, dokument ten został sporządzony na potrzeby innego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd okoliczności, które miał on potwierdzać nie są istotne dla rozstrzygnięcia. Przekonanie to pozwoliło uznać Izbie, iż dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zawarł opis przedmiotu zamówienia:

„1. Przedmiotem umowy jest świadczenie wodnej usługi pralniczej białizny szpitalnej, białizny operacyjnej, odzieży ochronnej, materacy, pokrowców, koców, poduszek, kołder oraz innej jak np. zasłony, firany, obrusy, sukno wraz z naprawą oraz czyszczeniem asortymentu nie nadającego się do prania wodnego, jak również ubrań pacjentów z zakładu opiekuńczo-leczniczego. (...)

4. Na przedmiot umowy składa się: a) pranie i poddawanie dezynfekcji chemiczno - termicznej w procesie prania, zgodnie z wymogami Państwowego zakładu Higieny. (...)

5. Usługa obejmować będzie niżej wymieniony asortyment : a) białizna pościelowa, białizna operacyjna bawełniana i barierowa, ubrania, piżamy. (...)

6. Usługa będzie wykonywana zgodnie z wymogami sanitarno-epidemiologicznymi obowiązującym w pralniach wykonujących usługi na rzecz jednostek służby zdrowia, z zastosowaniem środków piorąco – dezynfekujących skutecznie działających na B, F, V, Tbc, spory ( w tym clostridium difficile).

7. Usługa będzie wykonywana przy użyciu środków piorących dopuszczonych do obrotu na rynku polskim, posiadających odpowiednie certyfikaty, pozytywne opinie Państwowego Zakładu Higieny, a w przypadku białizny niemowlęcej i pieluch przy użyciu środków posiadających również pozytywną opinię Instytutu Matki i Dziecka, Centrum Opieki na Dzieckiem lub innej równoważnej instytucji dla środków do prania białizny noworodkowej i niemowlęcej.

12. Charakterystyka i organizacja odbioru i przywozu prania: (...) d) przed skierowaniem do prania, zdawana białizna będzie ważona przez pracowników Wykonawcy, w obecności pracownika Zamawiającego. Waga prania zostanie, odnotowana na kwicie zlecenia. Ustalona w ten sposób waga białizny stanowić będzie podstawę rozliczenia. Wykonawca zapewnia 2 wagi do ważenia prania - po jednej w każdym punkcie odbioru prania”

Dalej w pkt II.16.1.B) zapisane zostało, iż w skład asortymentu objętego leasingiem wchodzi m.in. „białizna operacyjna z materiału posiadająca wpis do rejestru wyrobów medycznych (dopuszczenie na bloku operacyjnym)”.

Rozdziałowi V SIWZ Zamawiający nadał następujący tytuł: „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków

udziału w postępowaniu oraz wymaganych warunków dotyczących przedmiotu zamówienia i realizacji zamówienia. Zawartość oferty”. W jego ramach, w pkt V.5 SIWZ, zawarte zostało wyliczenie dokumentów i oświadczeń poprzedzone następującym wstępem: „W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego należy złożyć”.

Zgodnie z pkt XII SIWZ najniższa cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła ponadto, iż w pkt III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu, zatytułowanego „Inne szczególne warunki”, Zamawiający wskazał, że zamówienie podlega szczególnym warunkom, których doprecyzowanie było powtórzeniem treści pkt V.5 SIWZ. Kolejnym punktem ogłoszenia był pkt III.2) „Warunki udziału”, w którym zawarta została informacja o warunkach udziału w postępowaniu oraz o dokumentach, jakie wykonawcy na potwierdzenie ich spełnienia mieli załączyć do oferty.

W piśmie z dnia 17 stycznia 2012 r. Zamawiający zawarł odpowiedzi na pytania wykonawców odnoszące się do SIWZ. W odpowiedzi na pytanie 5 stwierdził, iż „należy zapewnić również możliwość rozliczenia cykli prania przez identyfikację kodem kreskowym”. Wątek ten został podjęty i doprecyzowany w końcowej części odpowiedzi na pytanie 6: „Rejestracja cykli prania bielizny barierowej jest obowiązkiem wykonawcy. Powinien on posiadać system do odczytu kodów kreskowych dla odczytu i monitorowania ilości cykli prania. Każdy produkt powinien posiadać swój niepowtarzalny kod kreskowy.” (Wymóg ten został wyraźnie utrzymany w zawartej w piśmie z 24 stycznia 2012 r. odpowiedzi na prośbę jednego z wykonawców o jego wykreślenie). Dalej w odpowiedzi na pytanie 12 Zamawiający doprecyzował treść pkt II.1.1) SIWZ oraz § 1 ust. 1 wzoru umowy (załącznika nr 3 do SIWZ), poprzez wyraźne wskazanie, iż zamawiana usługa obejmuje również „czyszczenie asortymentu nie nadającego się do prania wodnego za pomocą usługi czyszczenia chemicznego z zastosowaniem środków o właściwościach dezynfekcyjnych i antystatycznych”.

W dniu 21 stycznia 2012 r. została opublikowana zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu. Obejmowała ona m.in. pkt III.1.4). Otrzymał on następujące brzmienie:

„III.1.4) Inne szczególne warunki, którym podlega realizacja zamówienia

5. W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego należy złożyć:

— oświadczenie według załącznika nr 1 do SIWZ,



— wykaz pomieszczeń i wyposażenia pralni – wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca – urządzenia pralnicze wyposażone w urządzenia dozujące środki piorące i dezynfekujące, prasowalnice, maglownice, składarki oraz inne urządzenia gwarantujące należyte wykonanie usługi (według załącznika nr 6 do SIWZ),

— wykaz środków piorących i dezynfekujących jakich Wykonawca zamierza użyć do wykonywania zamówienia wraz z aktualnymi dokumentami potwierdzającymi dopuszczenie tych środków do obrotu i stosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i Unii Europejskiej, zgodnie z prawem, a w szczególności z przepisami ustawy o wyrobach medycznych oraz innymi obowiązującymi w dniu ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia przepisami - na tą okoliczność Wykonawca zobowiązany jest do załączenia do oferty wpisu do Rejestru Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, certyfikatów, kart charakterystyki, deklaracji zgodności CE (według załącznika nr 7 do SIWZ),

— kopie badań mikrobiologicznych czystej bielizny i komory dezynfekcyjnej wykonanych w okresie ostatnich 12 miesięcy, poświadczone przez osobę do tego upoważnioną. - w przypadku posiadania własnej bazy transportowej kserokopie dowodów rejestracyjnych, natomiast w przypadku leasingu takich samochodów również poświadczoną kserokopię umowy z wynajmującym,

— dokument władz sanitarnych, potwierdzający dopuszczenie środka transportu do świadczenia usług dla jednostek służby zdrowia oraz aktualną opinię właściwego terenowego oddziału Państwowej Inspekcji Sanitarnej potwierdzającą, że wykonawca spełnia wymagania dotyczące transportu bielizny szpitalnej z zachowaniem barier sanitarnych (Uwaga. Zamawiający dopuszcza przedłożenie innych dokumentów. W celu realizacji zamówienia Wykonawca może posiadać środki transportowe z barierą lub bez. W pierwszym przypadku Zamawiający wymaga przedstawienia dokumentu dopuszczenia środka transportu do świadczenia usług dla jednostek służby zdrowia, w drugim dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca spełnia wymagania dotyczące transportu bielizny szpitalnej z zachowaniem barier sanitarnych),

— zaświadczenie Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego o dopuszczeniu pralni do świadczenia usługi pralniczej dla szpitala,

— wszystkie w/w dokumenty powinny być przedstawione w formie oryginałów lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osoby(ę) uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy.”

Przed upływem terminu składania ofert dwóch Wykonawców złożyło Zamawiającemu oferty – Odwołujący oraz Profil A, który zaoferował niższą cenę.

Pismem z dnia 14 lutego 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego oraz o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Profil A.

Wobec powyższego Odwołujący w dniu 24 lutego 2012 r. wniósł odwołanie (sprawa o sygn. KIO 386/12). Odwołujący zarzucał w nim Zamawiającemu naruszenie art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Profil A, z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę świadczenia usług pralniczych bez zachowania pełnej bariery higienicznej oraz z użyciem środków, które nie spełniają odnoszących się do dezynfekcji wymogów PZH, a ponadto świadczenie usługi w zakresie bielizny operacyjnej z materiału, posiadającej wpis do rejestru wyrobów medycznych, środkami chemicznymi, które doń stosowane być nie mogą. Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu zaniechanie wezwania Profil A do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp szeregu dokumentów i oświadczeń.

Uwzględniając tak postawione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Profil A z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez Profil A oferty.

Zamawiający, pismem doręczonym Prezesowi Izby w dniu 1 marca 2012 r., uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, wobec czego Izba postanowieniem z dnia 6 marca 2012 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

Pismem z dnia 8 marca 2012 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 lutego 2012 r. oraz wezwał Profil A do złożenia wyjaśnień odnoszących się do treści złożonej przez tego wykonawcę oferty, a mających być odpowiedzią na zarzuty zawarte w odwołaniu z dnia 24 lutego 2012 r. Profil A został zobowiązany do zajęcia stanowiska w sprawie zarzutu zaoferowania przez niego świadczenia usług pralniczych bez zachowania pełnej bariery higienicznej oraz zarzutu zaoferowania świadczenia usługi w zakresie bielizny operacyjnej z materiału, posiadającej wpis do rejestru wyrobów medycznych, środkami chemicznymi, które doń stosowane być nie mogą.

Profil A w piśmie z dnia 12 marca 2012 r. zawarł żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia. Twierdził, iż oferuje usługę z zachowaniem pełnej bariery higienicznej. Oświadczył również, iż spośród dwóch środków dezynfekujących, Ozonit i Ottalin Peracet, ten drugi służyć będzie do dezynfekcji wyrobów medycznych.

Zamawiający kolejnym pismem w dniu 12 marca 2012 r. wezwał Profil A do uzupełnienia wykazu środków piorących i dezynfekujących („z uwagi na brak w wykazie środka medycznego oraz brak środków do czyszczenia chemicznego”) oraz wykazu pomieszczeń i wyposażenia pralni – wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia urządzeń („z uwagi na brak wykazania w załączniku nr 6 urządzenia do czyszczenia chemicznego”, a także „z uwagi na brak w wykazie urządzenia do odczytu kodów kreskowych”).

Profil A wraz z pismem z dnia 13 marca 2012 r. złożył żądane przez Zamawiającego dokumenty.

Pismem z dnia 14 marca 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Profil A. Oferta Odwołującego nie została odrzucona – Zamawiający sklasyfikował ją na drugim miejscu.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż część zarzutów sformułowanych przez Odwołującego znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp (w ocenie Izby przywołanie przez Odwołującego ust. 2 uznać należy za oczywistą omyłkę tegoż wykonawcy, ponieważ analiza treści odwołania nie pozostawia wątpliwości, iż zarzuty oparte zostały na ust. 3). W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył powołany przepis, ponieważ uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym w dniu 24 lutego 2012 r., w tym również zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Profil A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a następnie nie wykonał żądania odrzucenia tej oferty.

Analiza zarzutów postawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 386/12 oraz żądań w nim sformułowanych, pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż konsekwencją uznania za zasadne zarzutów zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Profil A powinno być odrzucenie tej oferty. Zarzuty oparte zostały bowiem na twierdzeniu Odwołującego, że treść oferty Profil A nie odpowiada treści SIWZ. Charakter podnoszonych zarzutów uzasadniał też tezę, iż niezgodności tej nie można było usunąć zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zaś w świetle przepisów ustawy Pzp nie możliwa jest ingerencja w treść oferty inna,

aniżeli oparta na powołanym art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Dlatego też, w ocenie Izby, oczywistym jest, iż Zamawiający w tym zakresie dopuścił się naruszenia art. 186 ustawy Pzp. Niemniej jednak zarzut naruszenia powołanego przepisu w ocenie składu orzekającego Izby nie może stanowić samoistnej podstawy do wniesienie odwołania uzasadniającej jego uwzględnienie.

Z powołanym art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w sposób wyraźny koresponduje art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, a także art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp, zgodnie z którym jeśli odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, Izba odrzuca odwołanie. Tym samym naruszenie przepisu art. 186 ust 3 ustawy Pzp wyłącza odrzucenie przez Izbę odwołania. Nie może jednak, jak chciałby tego Odwołujący, stanowić podstawy do uznania odwołania. Stwierdzenie przez Izbę takiego naruszenia rodzi po jej stronie obowiązek merytorycznego rozpoznania zarzutów odnoszących się do nowej czynności, celem rozstrzygnięcia czy ich dokonanie stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Nie pozwala jednak na samej tej podstawie uznać odwołania za zasadne.

Art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp zrównuje ze sobą dwa przypadki – wykonanie czynności zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu oraz wykonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w przypadku uwzględnienia zarzutów. Zasadnym zatem wydaje się, aby każdy z tych dwóch przypadków oceniany był tą samą miarą. W przypadku gdy Izba rozpoznaje odwołanie wniesione wobec czynności dokonanej celem wykonania wyroku, czy to Izby, czy też sądu, zobowiązana jest z urzędu zbadać, czy czynność ta została dokonana zgodnie z treścią tegoż wyroku. Jeśli w ocenie Izby Zamawiający wykonał taką czynność w zgodzie z rozstrzygnięciem Izby lub sądu, zobowiązana jest takie odwołanie odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp. Jednak gdy w wyniku dokonanej przez siebie analizy Izba dojdzie do odmiennych ustaleń, a zatem uzna, iż Zamawiający postąpił w sposób niezgodny z treścią wcześniejszego orzeczenia, uznaje ona, iż rozpoznawane odwołanie nie podlega odrzuceniu. W konsekwencji odwołanie takie jest rozpoznawane merytorycznie, Izba ocenia podniesione w nim zarzuty i ocenia, czy podjęte przez Zamawiającego działania lub zaniechania czynności, których zobowiązany był dokonać, naruszają przepisy ustawy Pzp regulujące przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższego, uznając, iż art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp przewiduje takie same konsekwencje dla działań Zamawiającego w przypadku, gdy wykonał on czynności zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, jak i w przypadku, gdy wykonał on czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu po wcześniejszym uwzględnieniu zarzutów, należy

uznać, iż zrównać należy i przypisać im takie same skutki, takie działania lub zaniechania działań przez Zamawiającego, które stanowią zaprzeczenie każdego z tych przypadków. Jeśli zatem uznaje się za słuszne merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec czynności, która nie została wykonana zgodnie z treścią wcześniejszego orzeczenia Izby lub sądu, taka sama ocena spotkać musi czynność Zamawiającego, który dokonał czynności w sposób nie zgodny z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zasadność wcześniej w całości uznał uwzględniając wszystkie podniesione w nim zarzuty. W każdym z tych dwóch przypadków, ich zaistnienie rodzi po stronie Izby obowiązek rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów odnoszących się do czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechaniu czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Tym samym Wykonawca wnosząc odwołanie jest władny kwestionować jedynie prawidłowość działań lub zaniechania takich działań przez Zamawiającego jako stanowiących naruszenie prawa materialnego, tj. przepisów regulujących tak na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia, jak i na etapie jego przeprowadzania, przysługujące Zamawiającemu i Wykonawcom prawa oraz nałożone na nich obowiązki.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż art. 186 ust. 3 *in fine* ustawy Pzp uznać należy za przepis o charakterze proceduralnym. Przemawia za tym chociażby systematyka ustawy. Dział VI ustawy Pzp, w którym mieści się powołany przepis, zawiera w sobie przepisy proceduralne, pozwalające wyegzekwować na Zamawiającym określone działanie, do którego podjęcia jest on zobowiązany przepisami regulującymi postępowanie o udzielenie zamówienia. Przepis ten stanowi *quasi*-substytut rozstrzygnięcia o zasadności żądań przez Izbę, oczywiście przy zastrzeżeniu wszystkich odmienności, wynikających z faktu nierozpoznania merytorycznego zarzutów przez Izbę. Pamiętać należy, że przepisy ustawy Pzp nie dają Izbie możliwości kontrolowania oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tak w kontekście zgodności tegoż oświadczenia z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego, czy też tego, czy działanie Zamawiającego zmierza do obejścia prawa. Dlatego też Izba zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umarza postępowanie, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do tego postępowania po stronie Zamawiającego nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym samym, wobec umorzenia postępowania odwoławczego, Izba

nie jest władna rozstrzygnąć o zasadności zarzutów, a tym samym o żądaniach Odwołującego.

Mając to na uwadze ustawodawca uznał za stosowne wskazanie Zamawiającemu, że jeżeli uzna w całości zarzuty podniesione przez Odwołującego, powinien dokonać także odpowiednich czynności zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu. Art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie należy jednak traktować jako przepisu prawa materialnego. Co prawda jego adresatem jest również Zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś postępowania o udzielenie zamówienia. Za proceduralnym charakterem tegoż przepisu przemawia też omówione wcześniej jego powiązanie z art. 185 ust. 6 oraz art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp oraz wywiedzione przez Izbę z tegoż powiązania wnioski odnoszące się do skutków naruszenia drugiego z tych przepisów.

Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, w świetle powyższych rozważań, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwołującego. Dokonując jednak czynności, których wykonanie ma stanowić spełnienie żądania uznanego w całości odwołania, Zamawiający musi jednak mieć na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom Odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. W innym przypadku może on zostać pociągnięty do odpowiedzialności, zaś obciążona wadą umowa może zostać unieważniona. Tak też, pod kątem naruszenia przepisów regulujących przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, Izba będzie weryfikowała prawidłowość czynności dokonanych przez Zamawiającego po wcześniejszym uznaniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które to czynności nie zostały wykonane zgodnie z żądaniem sformułowanymi w tym odwołaniu.

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

Dlatego też, wobec uznania, w powołanym wcześniej zakresie, iż Zamawiający naruszył przepis art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, Izba zbadała, czy podjęte przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej wykonane zostały w sposób, który stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu obecnie rozpoznawanym przez Izbę.

Pierwszą grupą zarzutów podniesionych w odwołaniu były te, które oparte zostały na twierdzeniu o zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Profil A z uwagi na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a także przez uznanie za mieszczące się w ramach procedury składania wyjaśnień zmian dokonanych przez tego wykonawcę w treści powołanej oferty.

Dla rozstrzygnięcia o zasadności powołanych zarzutów koniecznym jest w pierwszej kolejności zidentyfikowanie treści SIWZ oraz treści złożonej Zamawiającemu oferty, a następnie zestawienie ich ze sobą i zweryfikowanie ich zgodności. Niezbędnym jest w szczególności rozstrzygnięcie roli i znaczenia uzupełnionych przez wykonawcę i złożonych wraz z ofertą wykazów: niezbędnych do wykonania zamówienia urządzeń oraz środków piorących i dezynfekujących. Zamawiający formularze tych wykazów uczynił załącznikami do SIWZ (nr 6 i 7), a ponadto na mocy pkt V.5 SIWZ oraz III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu zobowiązał wykonawców do ich wypełnienia oraz złożenia wraz z ofertą. W ocenie Izby treść pkt V.5 SIWZ poprzedzająca wyliczenie dokumentów obejmujące oba wykazy zdaje się jednoznacznie wskazywać, iż dokumenty te nie były żądane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak chciałby tego Odwołujący podnosząc zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 24 ust. 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W treści tej mowa bowiem wyraźnie o potwierdzeniu spełnienia przez oferowaną usługę wymagań Zamawiającego. Także sam tytuł pkt V „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych warunków dotyczących przedmiotu zamówienia i realizacji zamówienia. Zawartość oferty” nie potwierdza słuszności twierdzeń Odwołującego w tym zakresie. Zasadnie podnosił Zamawiający, że wymagania co do dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu zostały sprecyzowane w pkt od V.1 do V.4 SIWZ. Analogicznie zapisy te zostały ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu – w pkt III.1.4) wyraźnie mowa o szczególnych warunkach, którym podlega realizacja zamówienia. Nie ma tam zatem mowy o warunkach i opisie sposobu dokonywania oceny ich spełnienia. Ta materia została uregulowana w pkt III.2 ogłoszenia o zamówieniu. Pozwala to wykluczyć, jako nieuzasadnione i nieudowodnione przez Odwołującego, stawianą przez niego tezę, iż powołane dwa wykazy traktować należy,

jako wykazy mające po części potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Analiza treści SIWZ (w szczególności pkt V.1-4) oraz ogłoszenia o zamówieniu (w szczególności pkt III.2) pozwala stwierdzić, iż Zamawiający nie uszczegółowił warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, a co za tym idzie nie wymagał złożenia żadnych dokumentów na potwierdzenie jego spełniania. Tym samym brak podstaw, aby uznać, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Profil A, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Według Odwołującego Profil A nie złożył wraz z ofertą oświadczenia o udostępnieniu mu zasobów złożonego przez podmiot trzeci, które potwierdzać miało fakt użyczenia temu wykonawcy agregatu do czyszczenia chemicznego. Zauważyć w tym miejscu należy, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, do którego nawiązuje tu Odwołujący, znajduje zastosowanie jedynie w kontekście wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stąd też przesądzenie, że oba wykazy nie miały stanowić potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, powoduje, iż odwoływanie się do regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest nieuzasadnione. Tym samym brak podstaw, aby wymagać od Profil A, aby składał wraz z ofertą oświadczenie podmiotu użyczającego mu powołany agregat. Nie zostało bowiem wykazane, aby Zamawiający zawarł SIWZ wymóg składania tego typu oświadczeń odnoszących się do asortymentu wskazanego w każdym z powołanych wykazów. Tym samym brak podstaw, aby uznać, że Zamawiający naruszył w opisanym zakresie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Fakt nieuwzględnienia powołanych zarzutów przesądza również o uznaniu za niezasadne zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Profil A do złożenia oświadczenia podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie Profil A zasobów własnych tegoż podmiotu.

Niezależnie od powyższego, dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp koniecznym było rozsądzenie, czy treść złożonych wraz z ofertą wykazów: niezbędnych do wykonania zamówienia urządzeń oraz środków piorących i dezynfekujących stanowiła jedynie potwierdzenie wymagań zamawiającego odnoszących się do zamawianej usługi, czy też treść ta stanowiła składową treść oferty, a tym samym zobowiązania wykonawcy do świadczenia oferowanej usługi w określony sposób i przy użyciu konkretnych, wskazanych literalnie środków i urządzeń. W ocenie Izby określenie w sposób wyraźny nazwy, marki i typu sprzętu, jak również wskazanie na konkretny środek piorący lub dezynfekujący stanowiło treść oferty. Zdaniem



składu orzekającego informacja ta dotyczy sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym powołanych dwóch wykazów nie można uznać za dokumenty lub oświadczenia, które wypełniałyby dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Za dokumenty, które potwierdzać miały spełnianie przez oferowaną usługę wymagań Zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia bezsprzecznie, w ocenie Izby, uznać należy składane wraz z wykazem środków piorących i dezynfekujących wpisy do Rejestru Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, certyfikaty, karty charakterystyki, deklaracje zgodności CE. Dokumenty te miały bowiem potwierdzać dopuszczenie środków wskazanych przez wykonawcę w wykazie „do obrotu i stosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i Unii Europejskiej, zgodnie z prawem, a w szczególności z przepisami ustawy o wyrobach medycznych oraz innymi obowiązującymi w dniu ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia przepisami”. I to właśnie te dokumenty w ocenie Izby są tymi, do których odnosi się art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jak to już zostało podkreślone należy odróżnić dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego od treści oferty wykonawcy, która wskazuje – również zgodnie z wymogami SIWZ – w jaki sposób zostanie zrealizowany dany przedmiot zamówienia. Wykonawca składa w tym zakresie oświadczenie woli, które jest dla niego wiążące. Ustalenie, że treść tegoż oświadczenia nie odpowiada treści SIWZ, rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp – oczywiście, o ile nie zachodzą przesłanki poprawienia w ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty złożonej przez wykonawcę. Tym samym niedopuszczalna jest zmiana treści oferty poprzez jej uzupełnianie o wskazywanie kolejnych środków dezynfekujących lub piorących, czy też oferowanie świadczenia usługi przy użyciu niezaoferowanych pierwotnie urządzeń. Stwierdzenie takich braków przez Zamawiającego powinno stanowić dla niego podstawę do odrzucenia oferty, nie zaś do wzywania wykonawcy do złożenia obu wykazów uzupełnionych o stwierdzone braki w ich treści.

Kierując się tym przekonaniem Izba oceniła poszczególne zarzuty podniesione w odwołaniu, które oparte zostały na twierdzeniu o zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Profil A z uwagi na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił, iż za pierwszą podstawę faktyczną dla odrzucenia oferty Profil A powinno zostać uznane zaoferowanie przez tego wykonawcę realizacji usług pralniczych w zakresie bielizny operacyjnej z materiału, posiadającej wpis do rejestru wyrobów medycznych, środkami chemicznymi, które doń stosowane być

nie mogą, a także zaoferowanie realizacji usług pralniczych z użyciem środków, które nie spełniają odnoszących się do dezynfekcji wymogów PZH. Odwołujący twierdził, iż z treści załączonego do oferty Profil A wykazu środków piorących i dezynfekujących, a także z rodzaju dokumentów do niego załączonych mających potwierdzać wymagania Zamawiającego odnoszące się do tych środków, wynika, iż wykonawca ten zaoferował środek o nazwie Ozonit, jako właściwy do dezynfekcji bielizny operacyjnej (wyrób medyczny), zaś środek Ottalin Peracet, jako właściwy do dezynfekcji pozostałych tekstyliów. Świadczyć o tym miało przede wszystkim przedstawienie wraz z wykazem deklaracji zgodności, certyfikatu WE oraz zgłoszenia do rejestru wyrobów medycznych odnoszących się do środka o nazwie Ozonit. Taką interpretację oświadczenia woli Profil A potwierdza złożone przed Izba oświadczenie Zamawiającego. Stwierdził on, iż wykonawca miał obowiązek złożenia tych właśnie dokumentów jedynie w odniesieniu do środka dezynfekującego wyroby medyczne. Inny zbiór dokumentów wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z wykazem w odniesieniu do środka mającego służyć do dezynfekcji pozostałych tekstyliów (karta charakterystyki, wpis do rejestru produktów biobójczych). Wobec braku innych przesłanek pozwalających wysnuć wnioski odmienne, w ocenie Izby ustalenie katalogu przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, mających potwierdzać konkretne wymagania Zamawiającego, jest wystarczające dla dokonania wykładni oświadczenia woli tegoż wykonawcy, a tym samym przesądzenia, iż z treści wykazu środków dezynfekujących i piorących wynika, że wolą Profil A ujawnioną w tym wykazie było zaoferowanie środka o nazwie Ozonit, jako właściwego do dezynfekcji wyrobów medycznych, zaś środek Ottalin Peracet, jako właściwy do dezynfekcji pozostałych tekstyliów.

Tak poczynione ustalenia pozwoliły Izbie ocenić zasadność zarzutów odnoszących się do zastosowania środka Ozonit, jako właściwego do dezynfekcji wyrobów medycznych. Odwołujący podnosił w tym zakresie, że Ozonit nie jest środkiem medycznym, a tym samym nie może on służyć dezynfekcji wyrobów medycznych (bielizna operacyjna). Twierdził również, że zgodnie z wymaganiami PZH, aby można było uznać, że jest on skuteczny na „B, F, V, Tbc, spory ( w tym clostridium difficile)” (II.6 SIWZ), musi on działać w kompozycji z innymi środkami, których Profil A nie zaoferował. Izba uznała, że Odwołujący przedstawił wystarczające dowody na poparcie swoich twierdzeń, aby można było uznać podnoszone przez niego zarzuty za zasadne.

Ecolab, producent środka Ozonit, w piśmie z dnia 4 października 2011 r. oświadcza, iż z uwagi na zmianę przepisów regulujących wyroby medyczne i środki biobójcze dotychczas stosowany środek Ozonit został podzielony na dwa odrębne produkty: Ozonit –

produkt biobójczy oraz Ozonit BNL – wyrób medyczny. W piśmie zawarte zostało również stwierdzenie, iż decyzja o wyborze pomiędzy tymi dwoma środkami jest uzależniona od docelowego zastosowania tych środków. Tym samym producent wskazał, iż zależnie od celu w jakim ma być użyty, należy wybrać jeden z dwóch produktów. W ocenie Izby pozwala to uznać, wobec braku dowodów przeciwnych, że niedopuszczalnym w świetle przepisów ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679) byłoby użycie środka Ozonit (produktu biobójczego) do dezynfekcji bielizny operacyjnej, która takim wyrobem medycznym jest. Koniecznym byłoby użycie środka Ozonit BNL, tego zaś Profil A nie zaoferował. Przekonania takiego nie podważa treść pisma Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny z dnia 15 września 2011 r. W ocenie Izby z pisma tego wynika, iż wszystkie badania oraz opinie odnoszące się do środka Ozonit sporządzone przez dokonaniem przez producenta wyodrębnienia dwóch środków o podobnej nazwie (Ozonit i Ozonit BNL), mają zastosowanie do jednego z tych dwóch produktów, a mianowicie do środka Ozonit BNL. Zgodnie z pismem z 4 października 2011 r. stworzenie dwóch środków o podobnej nazwie zostało dokonane z uwagi na wejście w życie ustawy z dnia 20 maja 2010 r. Tym samym uznać należy, iż załączone do oferty Profil A dokumenty odnoszące się do środka o nazwie Ozonit, a opatrzone datami wcześniejszymi (lata 2002 i 2003), w świetle pisma PZH zastosowanie będą miały ewentualnie do produktu o nazwie Ozonit BNL, nie zaś do środka o nazwie Ozonit, który obecnie, zgodnie z oświadczeniem producenta, jest produktem biobójczym.

Odwołujący przedstawił również dokumenty potwierdzające, że PZH przebadał działanie dezynfekcyjne środka Ozonit tylko w kompozycji z innymi środkami piorącymi i tylko dla takiej kompozycji wystawił pozytywną opinię (pisma z dnia 27 października 2008 r. oraz z dnia 6 września 2010 r.). Podobną treść, o działaniu środka Ozonit w kompozycji ze środkiem piorącym tam wskazanym, zawiera pismo Ecolab z dnia 20 marca 2012 r. Znajduje się tam także stwierdzenie, iż Ecolab (producent Ozonitu) nie badał skuteczności dezynfekcji Ozonitu w połączeniu ze środkami piorącymi wskazanymi w wykazie środków piorących i dezynfekujących złożonym Zamawiającemu przez Profil A. Również przedstawiona przez Profil A na stronie 43 i 46 oferty pisemna informacja o stosowaniu środka Ozonit zawiera informację o stosowaniu go w kompozycji z określonymi środkami piorącymi nie ujętymi przez Profil A w wykazie środków złożonym Zamawiającemu. Co ważne nie przedstawiono Izbie dowodów przeciwnych. Zgodnie z pismem Ecolab z dnia 20 marca 2012 r. Ozonit posiada dwa rodzaje badań (niemieckie i francuskie) dezynfekujących wobec *Clostridium difficile*. Wyniki tych badań przedstawił Zamawiającemu Profil A wraz z pismem z dnia 13 marca 2012 r. Badania niemieckie, sygnowane przez prof. Wernera również odnoszą się do skuteczności Ozonitu w kompozycji ze środkiem

piorącym. Jedynie badania francuskie, sygnowane przez prof. Chiron, odnoszą się do samodzielnego działania Ozonitu potwierdzając jego skuteczność, co jednak ważne jedynie wobec *Clostridium difficile*. Tym samym badania nie potwierdzają skuteczności wobec wszystkich drobnoustrojów wymienionych w pkt. II.6 SIWZ. Treść powołanych dokumentów pozwoliła Izbie uznać, iż Odwołujący udowodnił podnoszone przez siebie zarzuty, szczególnie wobec braku dowodów przeciwnych.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, że zasadnie Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Profil A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu zaznaczyć również należy, iż treść złożonych przez Profil A wyjaśnień (pismo z dnia 12 marca 2012 r.) w sposób niedopuszczalny w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmienia treść oferty złożonej przez tego wykonawcę. Zasadnie podnosi Odwołujący, iż Zamawiający akceptując dokonanie takiej zmiany, a co ważniejsze wzywając Profil A do uzupełnienia treści wykazu środków piorących i dezynfekujących poprzez wskazanie środka do dezynfekcji wyrobów medycznych (*de facto* było to wezwanie do zmiany treści oferty – zastąpienia środka Ozonit środkiem Ottalin Peracet) oraz środków do czyszczenia chemicznego (wezwanie do zmiany poprzez uzupełnienie treści), a także wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia urządzeń poprzez wskazanie urządzenia do czyszczenia chemicznego oraz urządzenia do odczytu kodów kreskowych (wezwanie do zmiany poprzez uzupełnienie treści). W odniesieniu do środków do czyszczenia chemicznego podkreślenia wymaga fakt, iż w pierwotnej treści wykazu Profil A w ogóle takich środków nie ujął. Tymczasem zgodnie z treścią pkt V.5 SIWZ powinien w powołanym wykazie uwzględnić środki, jakich zamierza użyć do wykonania zamówienia. Zgodnie zaś ze zmodyfikowaną pismem z dnia 17 stycznia 2012 r. treścią pkt II.1 SIWZ przedmiot zamówienia obejmował również usługę czyszczenia chemicznego. Oczywiście było zatem, iż wykonawca powinien był ująć w wykazie środków również te, którymi mógłby świadczyć usługę czyszczenia chemicznego. Analogicznie ocenić należy wezwanie do wskazania urządzenia do czyszczenia chemicznego oraz urządzenia do odczytu kodów kreskowych. Jak to zostało wskazane powyżej, zgodnie z odpowiedzią na pytanie 5 i 6 (pismo z dnia 17 stycznia 2012 r.) wykonawca był zobowiązany do rejestracji cykli prania i w tym celu powinien posiadać system do odczytu kodów kreskowych dla odczytu i monitorowania ilości cykli prania. Treść powołanych odpowiedzi na pytania nie pozostawia wątpliwości, iż Zamawiający nałożył na wykonawcę specjalny obowiązek, którego realizację powinna przewidywać treść składanej przez niego oferty. W rozpoznawanym przypadku oczywistym jest (potwierdza to wręcz sam Zamawiający w treści wezwania z dnia 12 marca

2012 r.), że Profil A w treści złożonej przez siebie oferty nie ujął zobowiązania do realizacji opisanych powyżej obowiązków. Uzpełnienie tych braków nie jest możliwe zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie było też właściwe kierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy wezwania powołującego się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi podstawę do uzupełniania dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nigdy zaś do uzupełniania treści oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do zmiany przez Profil A treści złożonej przez tego wykonawcę oferty, akceptację przez Zamawiającego niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień oraz uznanie za wiążące Zamawiającego nowych, uzupełnionych wykazów: niezbędnych do wykonania zamówienia urządzeń oraz środków piorących i dezynfekujących.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Profil A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na zaoferowanie świadczenia powołanych usług bez zachowania pełnej bariery higienicznej. Za rozstrzygającą w tej mierze Izba uznała treść postanowienia z dnia 6 lipca 2011 r. wydanego przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie. Postanowienie to zawierało pozytywną opinię o pralni prowadzonej przez Profil A i potwierdzało m.in. posiadanie przez tę pralnię bariery sanitarnej. Z uwagi na nie przedstawienie przez Odwołującego dowodów przeciwnych Izba nie uznała zasadności podnoszonego przez niego zarzutu. Nie mogła bowiem Izba za dowód uznać opatrzonego datą 22 grudnia 2011 r. dokumentu „Opis procesu technologicznego prania i dezynfekcji bielizny”. Jak przyznał sam Odwołujący, dokument ten został sporządzony na potrzeby innego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd okoliczności, które miał on potwierdzać nie są istotne dla rozstrzygnięcia. Brak było podstaw, aby uznać tenże dokument za punkt odniesienia dla treści oferty w procesie badania jej zgodności z treścią SIWZ. Słuszności twierdzeń Odwołującego nie potwierdza także treść wyjaśnień Profil A złożonych Zamawiającemu w piśmie z dnia 12 marca 2011 r. W ocenie Izby, z ostatniego zdania punktu 1) znajdującego się na górze drugiej strony tegoż pisma wynika jednoznacznie, że pieluchy namaczane w pralnicowirówce Elektrolux są w kolejnym etapie procesu kierowane do prania w pralnicach przelotowych. Konstrukcja tego zdania, choć niepoprawna składniowo, nie potwierdza jednak twierdzeń Odwołującego. Zauważyć w tym miejscu należy, że fakt ujęcia wagi po stronie brudnej w pralni nie może, w ocenie Izby, świadczyć o niezapewnieniu bariery higienicznej. Szczególnie wobec treści pkt II.12.d) SIWZ, który przeczy twierdzeniom Odwołującego o ważeniu bielizny czystej. Z uwagi na fakt, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać

co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, nie został rozpoznany sformułowany dopiero na rozprawie zarzut niezgodności z treścią SIWZ treści oferty z uwagi na nieujęcie w treści wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia urządzeń dwóch wag stanowiących wypełnienie powołanego pkt II.12.4) SIWZ.

Ostatnim z zarzutów podniesionych przez Odwołującego, było twierdzenie o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 45 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezprawne żądanie od Odwołującego ponownego wniesienia wadium, mimo iż złożona przez niego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą. W rozpoznawanym przypadku, gdy Zamawiający nie uznał oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, w świetle art. 45 ust. 3 ustawy Pzp nie był uprawniony do żądania od tego wykonawcy ponownego wniesienia wadium. Tym samym Odwołujący zasadnie zarzucał Zamawiającemu naruszenie powołanych przepisów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 w szczególności § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony zalicza w poczet kosztów postępowania w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....