

Sygn. akt: KIO 1851/10

WYROK
z dnia 9 września 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 26 sierpnia 2010 r. wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, 31-215 Kraków, Żabinec 46** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Beskidzkie Centrum Onkologii im. Jana Pawła II, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Wyzwolenia 18**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, 31-215 Kraków, Żabinec 46

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez

Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, 31-215 Kraków, Żabiniec 46, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 905 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięć złotych zero groszy) przez **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, 31-215 Kraków, Żabiniec 46** na rzecz **Beskidzkie Centrum Onkologii im. Jana Pawła II, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Wyzwolenia 18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 1851/10)

Zamawiający, Beskidzkie Centrum Onkologii im. Jana Pawła II z Bielska-Białej, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości na terenie obiektów Zamawiającego”.

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

W dniu 16.08.2010 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o. (zwanym dalej „Impel”) oraz o wynikach punktowej oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W dniu 26.08.2010 r. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” z Krakowa (zwana dalej „Naprzód” lub „Spółdzielnia”) wniosła odwołanie od ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny ofert w sposób naruszający obowiązujące przepisy prawa oraz w sposób niezgodny z zasadami podanymi w siwz i w konsekwencji dokonanie nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- art. 91 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie oceny ofert w oparciu o kryteria nie odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji dokonanie nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne potraktowanie wykonawców i bezpodstawne obniżenie punktacji przyznanej odwołującemu w stosunku do punktacji przyznanej innym wykonawcom;
- art. 8 ust 1-3 Pzp w związku z nie odtajnieniem oferty Impel pomimo iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków - członków Komisji Przetargowej na okoliczność dokonania indywidualnej oceny ofert w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie, ilości przyznanych punktów za poszczególne kryteria, sposobu ustalenia punktacji za poszczególne kryteria oceny ofert.

Wniósł ponadto o nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny ofert w postępowaniu oraz odtajnienia zastrzeżonej części oferty Impel.

W uzasadnieniu odwołania, w pierwszej kolejności odwołujący nie zgodził się z oceną jego oferty dokonanej przez zamawiającego i przyznaniem mu obniżonej punktacji za plan higieny (z 35 punktów do 15 punktów).

Opinia zamawiającego, iż w planie higieny brak jest podziału na poszczególne oddziały szpitala jest bezprzedmiotowa albowiem zgodnie z zapisami siwz wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia planu higieny dostosowanego do wymogów BCO, uwzględniającego komórki organizacyjne zamawiającego oraz wszystkie czynności w nich wykonywane. Odwołujący zgodnie z wymaganiami zamawiającego złożył plan higieny, który uwzględnia wszystkie komórki organizacyjne opisane w siwz oraz wszystkie czynności opisane w siwz. Odwołujący podnosi również iż zgodnie z zasadami oceny Zamawiający nie oceniał podziału na komórki organizacyjne zatem obniżenie punktacji w tym zakresie wybiega poza kryterium oceny i jest bezprzedmiotowe.

Opinia zamawiającego, iż w planie higieny brak jest ujętego mycia i dezynfekcji wózka transportowego na brudną bieliznę, czystą bieliznę, odpady zakaźne jest również błędna albowiem zamawiający zgodnie z siwz powinien oceniać Plan higieny w zakresie czynności przez niego wskazanych. Zamawiający nie wskazał takiej czynności w siwz a zatem czynność ta nie może być przedmiotem oceny. Dodatkowo Spółdzielnia podniosła, iż w swojej ofercie przedstawiła „Procedurę mycia i dezynfekcji wózków do transportu”.

Opinia zamawiającego, iż w planie higieny brak zapisu dotyczącego środków myjących i dezynfekcyjnych do mycia i dezynfekcji chłodni jest również błędna ponieważ zamawiający nie wskazał konkretnych czynności, które będą wykonywane przy sprzątnięciu pomieszczenia chłodni a zatem odwołujący w ramach tej czynności wskazał iż będzie stosował preparaty zgodnie z przedstawionym wykazem załączonym do oferty. Brak skonkretyzowania parametrów usługi w tym zakresie nie może wpływać na zaniżenie punktacji oferty.

Po drugie odwołujący nie zgodził się również z oceną jego oferty i przyznaniem mu obniżonej punktacji za „Zastosowane technologie dla wykonywania usługi (procedury i instrukcje sprzątnięcia i dezynfekcji)”(z 30 punktów do 15 punktów).

W tym zakresie odwołujący wskazał:

Opinia zamawiającego, iż: „ Nie do końca wyczerpujące przedstawienie procedur (brak niektórych procedur dotyczących zapobiegania zakażeniom szpitala) np. brak procedury mycia i dezynfekcji rąk np. sprzątnięcia OJOM- u i Izby Przyjęć, jest błędna ponieważ: zamawiający w siwz wskazał, iż oceniał będzie: „takie procedury i instrukcje, które wyczerpują wszystkie wymagane w procedurach i instrukcjach zasady postępowania przy

wykonywaniu określonych czynności, gwarantujące prawidłowość ich wykonania i bezpieczeństwo sanitarne zamawiający nie określił co do jakich czynności oczekuje przedstawienia przez wykonawców procedur, pozostawił w tym zakresie dowolność albowiem zgodnie z przywołanym wyżej zapisem w siwz ocenie jego podlegać ma wyłącznie merytoryczna strona przedstawionych procedur i instrukcji w zakresie opisanych w nich czynności. W związku z powyższym ocena przez zamawiającego ofert wykonawców wykazana w protokole uzależniona od ilości złożonych procedur wybiega poza kryteria oceny i nie może być jej przedmiotem. Zamawiający winien jedynie ocenić merytorykę złożonych procedur przez wykonawców. Złożone przez Naprzód procedury i instrukcje w pełni wyczerpują zasady postępowania czynności w nich opisanych i gwarantują prawidłowość ich wykonania oraz bezpieczeństwo sanitarne.

Odwołujący podkreślił również, iż z treści formularzy ZP-20 służących do indywidualnej oceny ofert wynika, iż każdy z członków Komisji Przetargowej ocenił oferty dokładnie w ten sam sposób. Punkty za koncepcję wykonania usługi winny być natomiast przyznawane indywidualnie na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia oraz znajomości specyficznych wymagań stawianych pracownikom personelu (rozdział IX pkt 2.2 SIWZ) Niedopuszczalne jest przyznawanie punktów wyniku grupowego porozumienia. Z uwagi na całkowitą jednomyślność członków Komisji uzasadnione jest twierdzenie, iż ilość przyznawanych punktów poszczególnym ofertom była z góry ustalona. Nadto każdy z członków Komisji dokonał całkowicie identycznej oceny szczegółowej. Powyższe jest potwierdzeniem naruszenia zasady indywidualnej oceny ofert przez każdego członka Komisji.

W odniesieniu do oferty Impel wskazano, że zastrzeżone w niej dane nie posiadają wartości gospodarczej, a Impel nie wykazał na czym polega ta wartość. Tymczasem poufność informacji w omawianym aspekcie powinna mieć znaczenie dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, biorąc pod uwagę, zwrot jakim posługuje się ustawodawca „wartość gospodarcza”. W szczególności Plan higieny, który został sporządzony na podstawie przykładowego Planu higieny, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, tym różni się od przykładowego, że do poszczególnych powierzchni przyporządkowano środki myjące i środki dezynfekcyjne z opisem spektrum działania środków dezynfekcyjnych i podania ich stężenia oraz stosowany przy poszczególnych czynnościach sprzęt. Innym przykładem jest także Organizacja pracy uwzględniająca system i specyfikę pracy szpitala we wszystkich oddziałach i pozostałych komórkach organizacyjnych szpitala, (sporządzona na podstawie wymagań Zamawiającego przedstawionych w SIWZ załącznikach. Należy podkreślić że wymienione, informacje nie mają charakteru unikalnego, nowatorskiego. Wręcz przeciwnie zostały opracowane na potrzeby konkretnego postępowania ale w oparciu o informacje

przedstawione przez Zamawiającego. Dodatkowo dla sporządzenia przedmiotowej oferty (w omawianym zakresie) niezbędne było wykorzystanie specjalistycznej wiedzy z zakresu prawa pracy (czas pracy) oraz bezpieczeństwa i higieny pracy oraz logistyki, aczkolwiek są to informacje stanowiące pewien zasób wiedzy, ale dostępnej dla każdego i niezbędnej dla przedsiębiorcy w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Zdaniem odwołującego nie wykazano również, iż Impel podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności spornych informacji. Działanie Wykonawcy musi, bowiem doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Wykonawca nie podjął czynności, które zapewniałyby zachowanie poufności, gdyż informacje o podobnym charakterze ujawnia w innych postępowaniach, nie wykazał też, że w odniesieniu do spornych danych, zachował szczególne środki w swoim przedsiębiorstwie, uniemożliwiające dostęp do nich swoim pracownikom, a nie tylko określonej grupie pracowników. Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie, stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi natomiast podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to na zamawiającym ciąży obowiązek badania zasadności, dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, ze względu na zakwalifikowanie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczna dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem zamawiający błędnie uznał, że zastrzeżone przez Impel informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czym naruszył art. 8 ust 1-3 ustawy..

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

W załączniku nr 6 do siwz „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w rozdz. I „Zakres usług”, pkt 6 wskazano, iż w ramach usługi wykonywane będzie m.in. mycie i dezynfekcja chłodni na materiał zakaźny.

W zał. nr 7 do siwz „Zakres obowiązków pracowników firmy”, w rozdz. „Obowiązki placowego”, pkt 5 wskazano mycie i dezynfekcję wózków transportowych.

Zgodnie z rozdziałem IX siwz „Opis kryteriów i sposobu dokonywania oceny ofert” pkt 1 zamawiający oceniał oferty według następujących kryteriów:

- 1) Cena za realizację zamówienia – znaczenie 70%
- 2) Technologia realizacji zamówienia w zakresie oddziaływania na środowisko – znaczenie 30%.

W rozdz. IX pkt 2.2 odnośnie kryterium nr 2 wskazano, iż ocena zostanie dokonana w oparciu o informacje zawarte w treści oferty, m.in. dokumenty wymienione w rozdz. VI pkt 19-23 siwz oraz inne dołączone przez wykonawcę do oferty, a składające się na tzw. koncepcję realizacji usługi, która winna zawierać w szczególności opis technologii realizacji zamówienia, schemat organizacyjny usługi, system pracy, metody realizacji zamówienia, techniki utrzymania czystości, szczegółowe procedury i instrukcje sprzątnia oraz dezynfekcji, organizację transportu wewnętrznego, stosowanego systemu nadzoru, zgodność z obowiązującymi normami sanitarno epidemiologicznymi, itp.

Następnie wskazano, iż w ramach tego kryterium poszczególni członkowie komisji przetargowej przyznać mogą od 1 do 100, w tym m.in. za:

- a) Kompleksowy plan higieny dostosowany do potrzeb zamawiającego – 35 pkt
- b) Zastosowane technologie dla wykonania usługi (procedury i instrukcje sprzątnia i dezynfekcji) – 30 pkt

Zgodnie z uszczegółowieniem ww. podkryteriów przyznawanie punktacji miało przebiegać w sposób następujący:

ad a) od 1 do 35 pkt

* najkorzystniejszy: tzn. taki Plan Higieny, który uwzględniając system i specyfikę pracy Szpitala, przedstawi szczegółowy plan higieny szpitalnej zapewniający wykonywanie wszystkich wymaganych w siwz czynności, we wszystkich oddziałach i wszystkich komórkach organizacyjnych szpitala, z częstotliwościami wykonywania gwarantującymi wysoki stopień bezpieczeństwa sanitarnego oraz wykazujący środki, którymi będą wykonywane w/w czynności z opisem spektrum działania środków dezynfekujących i podania ich stężenia oraz stosowany przy poszczególnych czynnościach sprzęt – 35 pkt,

**korzystny: tzn. taki Plan Higieny, który uwzględniając system i specyfikę pracy Szpitala, przedstawi szczegółowy plan higieny szpitalnej zapewniający wykonywanie wszystkich wymaganych w siwz czynności, we wszystkich oddziałach i wszystkich komórkach organizacyjnych szpitala, z częstotliwościami wykonywania gwarantującymi bezpieczeństwo sanitarne oraz wykazujący środki, którymi będą wykonywane w/w czynności oraz stosowany sprzęt – 35 pkt,

***dopuszczalny, tzn. taki Plan Higieny, który uwzględniając system i specyfikę pracy Szpitala, przedstawi szczegółowy plan higieny szpitalnej zapewniający wykonywanie

wszystkich wymaganych w siwz czynności, we wszystkich oddziałach i wszystkich komórkach organizacyjnych szpitala, z częstotliwościami wykonywania gwarantującymi bezpieczeństwo sanitarne oraz wykazujący środki, którymi będą wykonywane w/w czynności – 1 pkt.

Ad b) od 0 do 30 pkt.

*najkorzystniejsze, dostosowane do potrzeb i specyfiki Szpitala, tzn. takie procedury i instrukcje, które wyczerpują wszystkie wymagania w procedurach i instrukcjach zasady postępowania przy wykonywaniu określonych czynności, gwarantujące prawidłowość ich wykonania i bezpieczeństwo sanitarne – 30 pkt,

** korzystne, tzn. takie procedury i instrukcje, które nie wyczerpują wszystkich wymaganych w procedurach i instrukcjach zasad postępowania przy wykonywaniu określonych czynności, lecz gwarantujące prawidłowość ich wykonania i bezpieczeństwo sanitarne – 15 pkt,

*** dopuszczalne, tzn. takie procedury i instrukcje, które nie wyczerpują wszystkich wymaganych w procedurach i instrukcjach zasad postępowania przy wykonywaniu określonych czynności, które nie są dostosowane do indywidualnej specyfiki zamawiającego – 0 pkt.

W wyniku oceny ofert zamawiający przyznał ofercie Naprzód w ramach ww. podkryteriów odpowiednio po 15 pkt. (Druk ZP 12)

Jako uzasadnienie obniżenia punktacji w poszczególnych podkryteriach w Kartach indywidualnej oceny ofert sporządzanych przez poszczególnych członków Komisji (druki ZP 20) i zakwalifikowanie ich jako „korzystne” podano:

ad a)

- brak w planie higieny podziału na poszczególne oddziały szpitala,
- brak ujętego w planie higieny mycia i dezynfekcji wózka transportowego na brudną bieliznę, czystą bieliznę, odpady zakaźne,
- brak zapisu dot. środków myjących i dezynfekcyjnych do myci i dezynfekcji chłodni

ad b)

- Nie do końca wyczerpujące przedstawienie procedur, brak niektórych procedur dotyczących zapobiegania zakażeniom szpitalnym, np. instrukcji mycia i dezynfekcji rąk, postępowania po ekspozycji zawodowej, postępowania z łóżkiem chorego po wypisie, mycia i dezynfekcji izolatki,
- nie do końca wyczerpujące przedstawienie procedur dostosowanych do potrzeb i specyfiki szpitala, np.: sprzątania OJOM-u i Izby Przyjęć, mycia i dezynfekcji punktu sterylizacji, Zakładu Rehabilitacji, Zakładu Diagnostyki Obrazowej.

Izba ustaliła, iż w ofercie Naprzód brak jest w planie higieny podziału na poszczególne oddziały szpitala, nie zostało tam również oddzielnie ujęte mycie i dezynfekcja wózka transportowego na brudną bieliznę, czystą bieliznę, odpady zakaźne, Ponadto brak również odrębnych wskazań dot. środków myjących i dezynfekcyjnych do mycia i dezynfekcji chłodni, instrukcji mycia i dezynfekcji rąk, postępowania po ekspozycji zawodowej, postępowania z łóżkiem chorego po wypisie, mycia i dezynfekcji izolatki.

W ofercie Impel zastrzeżono dokumenty związane z opisem technologii realizacji zamówienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa (analogiczne dokumenty zostały zastrzeżone w ofercie Naprzód).

O powyższym wykonawcy (w tym odwołujący) powzięli informację w trakcie otwarcia ofert w dniu 30.07.2010 r. (zamawiający poinformował o tym obecnych na sali), co jest między stronami bezsporne.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 91 ust. 2 stanowi natomiast, iż kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, co do generalnie ocennego i uznaniowego charakteru kryteriów ofert odnoszących się do ich zawartości merytorycznej, np. jej jakości, odpowiadaniu potrzebom zamawiającego...itp., tu: oceny „Kompleksowego planu higieny dostosowanego do potrzeb zamawiającego” oraz „Zastosowanych technologii dla wykonania usługi (procedury i instrukcje sprzątnia i dezynfekcji)”

Odwołujący nie protestując na postanowienia siwz dotyczące kryteriów oceny ofert, nie żądając ich wyjaśnienia czy doprecyzowania, następnie składając ofertę w postępowaniu, zgodził się i zaakceptował wynikający z tych kryteriów subiektywny charakter oceny oraz niejasności, co do zakresu przedmiotu ocenianego (co do zakresu informacji, których

przedstawienia zamawiający spodziewa się i ocenia go jako konieczny do przyznania określonego poziomu punktacji). Wobec takiego kształtu kryteriów oceny ofert wykonawca powinien mieć świadomość daleko posuniętej dowolności zamawiającego w uznaniu i wyborze odpowiadających mu rozwiązań merytorycznych. Fakt związania zamawiającego własnymi kryteriami oceny ofert, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy nie może być kwestionowany, natomiast rozstrzygnięcie w przedmiocie dopuszczalnego stopnia uznaniowości i precyzjności zawartego w ich sformułowaniach w warunkach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, nie jest i nie może być przedmiotem orzekania w sprawie niniejszego odwołania.

Jedynie na marginesie rozstrzygnięcia, na kanwie interpretacji ww. kryteriów dokonanej na potrzeby oceny oferty odwołującego, Izba pod rozwagę zamawiającego poddaje sens i racjonalność tego typu doprecyzowywania sposobu przyznawania punktacji (podziału punktacji w ramach poszczególnych podkryteriów) w skądinąd generalnie dopuszczalnym i zasadnym kryterium oceny sposobu/jakości proponowanego wykonywania usługi.

Odnosząc się do poszczególnych, przytoczonych wyżej podkryteriów oceny ofert i ich zastosowaniu w stosunku do oferty odwołującego, Izba wskazuje:

W związku ze sposobem przyznawania punktacji w zakresie „najkorzystniejszy” odnoszącym się do oceny przedstawionego Planu higieny stwierdzić należy, iż przyznanie przewidzianej w nim ilości punktów postulowanej przez odwołującego jest nieuprawnione. W postanowieniach dotyczących oceniania i punktacji Planu higieny (rozd. IX pkt 2.2 Ad a) zamawiający stwierdza, iż przyzna 35 punktów w przypadku przedstawienia planu zapewniającego wykonanie wszystkich wymaganych w siwz czynności oraz wskazanie sprzętu i środków, które do wykonania tych czynności zostaną użyte (wymagania dotyczące czynności, sprzętu i środków są jednoznacznie elementem przedmiotu zamówienia i tym samym odnoszące się do nich kryteria są zgodne z wymaganiami art. 91 ust. 2 Pzp co do powiązania kryteriów innych niż cena z przedmiotem zamówienia).

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż w świetle przytaczanych sformułowań siwz brak jest podstaw do powiązania przyznawanej punktacji z nieuwzględnieniem w planie higieny podziału na poszczególne oddziały szpitala – wystarczające jest tu jedynie zapewnienie wykonywania stosownych czynności w tych oddziałach, a nie niejako „graficzne” czy redakcyjne odzwierciedlenie tego typu podziału w planie higieny. Jednakże w związku z poczynionymi ustaleniami Izba przyjęła, iż utrzymanie czystości wózka oraz chłodni są czynnościami wchodzącymi w zakres przedmiotu zamówienia (niezależnie od miejsca/dokumentu składającego się na opis przedmiotu zamówienia, w których czynność tego typu została wskazana). Tym samym w związku z brakiem ich wskazania lub brakiem

wskazania środków czystości przeznaczonych do ich mycia czy dezynfekcji nie wypełniono ww. wymagań siwz warunkujących przyznanie przypisanej tego typu okolicznościom (wszystkie czynności, kompletny sprzęt i środki) liczby punktów. Niestety tego typu sformułowania odnoszące się do sposobu przyznawania punktacji prowadzą do braku możliwości przyznania wskazanej puli punktowej nawet w przypadku drobnych pominięć elementów wymaganych.

Powyższe jest wystarczające do uznania za niepotwierdzony zarzutu naruszenia adekwatnych przepisów wskazanych w odwołaniu poprzez nieprzyznanie punktacji maksymalnej za Plan higieny. Poza oceną Izby pozostaje natomiast kwestia w jaki sposób zamawiający na podstawie tak sformułowanych postanowień siwz i przy tak poczynionych ustaleniach faktycznych przyznał ofercie Naprzód pkt 15 lub nawet w jaki sposób mógłby przyznać pkt 1, skoro postanowienia dotyczące poszczególnych stopni punktacji w przedmiocie konieczności uwzględnienia w planie wszystkich czynności, środków czy sprzętu się nie różnią, tzn. w każdym przypadku (*najkorzystniejszym, **korzystnym i ***dopuszczalnym) spełnienie tych wymagań warunkuje przyznanie przewidzianych punktów.

Odnosnie przewidzianego sposobu punktacji przewidzianych procedur i instrukcji, analizując przytoczone wyżej adekwatne postanowienia siwz (rozdz. IX pkt 2.2 Ad b), Izba wskazuje na znaczenie sformułowania warunkującego uznanie przedstawionych procedur jako najkorzystniejszych – mianowicie ich dostosowania do potrzeb i specyfiki Szpitala. Są to sformułowania typowo ocenne poprzez odwołanie się do bliżej nieokreślonego, stopniowalnego pojęcia „dostosowania” do potrzeb i specyfiki szpitala, do których w żaden sposób nie przystaje dalsza część zastosowanego *definiens*, odnosząca się li tylko do wewnętrznej prawidłowości procedur. Interpretując tego typu postanowienia, w celu utrzymania ich jakiegokolwiek sensowności i dającego się zastosować w trakcie oceny ofert znaczenia, przyjęć należy, iż wskazanie „na dostosowanie do potrzeb i specyfiki” oraz dalsza część dookreślenia procedur „*najkorzystniejszych” następująca po zwrocie „tzn.” stanowią w istocie odrębne części *definiens*, niezależnie od siebie dookreślające *definiendum*, a nie jakby wskazywał łącznik „tzn.”, że część druga odnosząca się do wewnętrznej prawidłowości procedur dookreśla i ogranicza stopniowalne dostosowanie do potrzeb i specyfiki szpitala. Na powyższe rozumienie procedur „*najkorzystniejszych” wskazuje również zestawienie ww. zwrotów używanych w dalszych postanowieniach siwz. I tak za procedury „**korzystne” siwz uznaje już tylko procedury nie do końca prawidłowe i przyznaje tego typu procedurom 15 pkt już bez odnoszenia ich do jakiegokolwiek stopnia dostosowania do potrzeb i specyfiki zamawiającego. Natomiast w odniesieniu do procedur „***dopuszczalnych” znowu następuje rozdzielenie (tym razem nie budzące żadnych wątpliwości semantycznych) prawidłowości procedur i ich dostosowania do specyfiki zamawiającego na dwa niepowiązane ze sobą

warunki, odrębnie dookreślające zaakwalifikownie przedstawionych procedur jako „***dopuszczalne”. Przeciwnie rozumienie sprowadzałoby natomiast przewidziany sposób punktacji *ad absurdum*, co przejawiłoby się w konieczności uznania za najwyższej punktowane procedur, a nawet tylko jednej nieznaczącej czy nawet zbędnej z punktu widzenia szpitala procedury czy instrukcji utrzymania czystości, jeżeli tylko procedura taka byłaby wewnętrznie spójna i gwarantowała utrzymanie czystości na odcinku jej zastosowania. Tymczasem w rozdz. IX pkt 2.2 zamawiający wyraźnie odnosił się do szczegółowych procedur i instrukcji sprzątnięcia oraz dezynfekcji, co wraz z przytoczonymi sposobami punktacji należy rozumieć jako oczekiwanie przedstawienia procedur jak najbardziej kompletnych, odnoszących się do maksymalnie rozległych obszarów działalności szpitala (dostosowanie do potrzeb i specyfiki), czyli do postulowanego przez zamawiającego nie tylko jakościowych ale i ilościowych wymagań co do przedstawianych przez wykonawców procedur.

W związku z powyższym zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 i 1 Pzp i związany z nimi postulat przyznania 30 punktów w ramach tak doprecyzowanego podkryterium, przy potwierdzonym braku jakiegokolwiek procedury istotnej z punktu widzenia zamawiającego, a której potrzeba stosowania zachodzi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, np. procedury mycia rąk (samo wskazanie, że ręce będą myte nie stanowi o procedurze czy instrukcji wykonywania tej czynności, które mogą być bardzo różne), należy uznać za nieuprawniony.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nierównego traktowania wykonawców Izba uznała, iż poza wskazaniem na różną punktację przyznaną poszczególnym wykonawcom odwołujący nie wskazał właściwie na czym ten zarzut miałby polegać, tzn. nie wskazał żadnych konstytutywnych dla istnienia zarzutu okoliczności faktycznych, na których takowy się zasadza.

Odwołujący nie wykazał również jakie znaczenie dla uznania prawidłowości poczynionych przez zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert ustaleń ma swoista „jednomyślność” poszczególnych członków komisji przetargowej.

Izba nie rozpoznała natomiast zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia części oferty Impel zastrzeżonej przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku jego uznaniem za spóźniony w świetle dyspozycji art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, który stanowi, iż wobec czynności innych niż wymienione w przepisach poprzednich (np. zaniechania udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jawna), odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W odniesieniu do tzw. odtajnienia oferty, przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania związanego z zaniechaniem takiej czynności zasadniczą trudnością jest określenie daty rozpoczęcia jego biegu. Powyższe związane jest z ogólnym brakiem w ustawie jakiegokolwiek dookreślenia czy wskazania tego typu czynności, ich formy czy stosownego momentu ich dokonania i poinformowania o powyższym wykonawców. Praktyka odtajniania części ofert nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a więc w sposób nieuprawniony zastrzeganych przez wykonawców zamiast odrzucania tego typu ofert ustaliła się dopiero po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05. Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu wskazał jedynie na bezskuteczność zastrzeżenia możliwości ujawniania informacji, które w rzeczywistości tajemnicą przedsiębiorstwa nie są i w konsekwencji na jawność takich informacji na ogólnych zasadach dostępności np. do ofert w postępowaniu. Nie wskazał natomiast na żadne czynności zamawiającego, tj. w jakim czasie i w jaki sposób skuteczność owego zastrzeżenia ma weryfikować i jak winien poinformować o tym wykonawców.

Zamawiający nie jest więc w żaden sposób zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek formalnych czynności w tym zakresie, poza udostępnianiem informacji, które tajemnicą przedsiębiorstwa nie stanowią niezależnie czy zostały zastrzeżone przez wykonawcę. W szczególności zamawiający nie jest zobowiązany do zawiadamiania o powyższym w ramach informacji o rozstrzygnięciu postępowania (brak tego typu wymagań w zakresie normowania art. 92 Pzp), czyli zawiadomienie tego typu żadnych informacji o tajemnicy przedsiębiorstwa i jej ocenie w sobie nie niesie. Jak słusznie zauważył zamawiający na rozprawie – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty nic nie zmienia w tym przedmiocie.

Tym samym należałoby przyjąć najwcześniejszy możliwy termin w jakim zamawiający zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach mógł zweryfikować, a wykonawcy mogli się o jego ustalenia w tym przedmiocie oraz woli dalszego postępowania z ofertą w tym zakresie dowiedzieć. Takim terminem w niniejszym postępowaniu jest moment otwarcia ofert. Od tej chwili wykonawcy mogli zwrócić się do zamawiającego o udostępnienie ofert konkurencji i w ten sposób sprawdzić w jaki sposób zamawiający wskazałą tajemnicę przedsiębiorstwa w ofertach ocenił (ewentualna odmowa udostępnienia zastrzeżonej części oferty z powołaniem się na jeszcze niedokonaną ocenę charakteru zastrzeżonych informacji jest równoważne z respektowaniem zastrzeżenia).

Argumentami przemawiającymi za prawidłowością stanowiska przesądzającego o konieczności jak najszybszego weryfikowania tajemnicy przedsiębiorstwa i decyzji zamawiających w tym przedmiocie przez wykonawców, są ewentualne następstwa procesowe zbyt późnego podjęcia tej kwestii na drodze odwołania, w szczególności dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W takim przypadku (i momencie) wykonawca składający odwołanie względem nieudostępnienia oferty konkurenta i

jednocześnie w związku z nieznaną jej treścią nie mogą sformułować poprawnego zarzutu w stosunku do oferty wybranej, skazuje się na oddalenie odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp. Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 8 ustawy nie będzie miało w takiej sytuacji żadnego wpływu na wynik postępowania, choćby z tego względu, iż nawet w wyniku następczego odtajnienia kwestionowanych informacji, wykonawca pozbawiony już będzie możliwości wniesienia odwołania z ich wykorzystaniem, ze względu na upływ terminu do zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty. W przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 3, termin odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 1 (np. względem wyboru najkorzystniejszej oferty) liczy się od daty podjęcia czynności (przesłania informacji o czynności), a nie powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 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).

.....