

WYROK

z dnia 4 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Hospital Service „Company” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę Komandytową we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach**

przy udziale wykonawcy **L.S. Med. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu – **Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Siedlcach** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie oferty **L.S. Med. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, odrzucenie oferty **L.S. Med. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** oraz dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Hospital Service „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Siedlcach** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Hospital Service „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa we Wrocławiu** kwotę **19 168 zł 34 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto sześćdziesiąt osiem złotych trzydzieści cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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 **Siedlcach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksowe utrzymanie czystości, transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych przy obsłudze pacjenta, niewymagających przygotowania medycznego na oddziałach szpitala SP ZOZ przy ul. Starowiejskiej 15, kompleksowego utrzymania czystości oraz czynności pomocniczych przy obsłudze pacjenta, niewymagających przygotowania medycznego na Oddziale Psychiatrycznym szpitala SP ZOZ przy ul. Starowiejskiej 15 w Siedlcach, kompleksowego utrzymania czystości oraz czynności pomocniczych przy obsłudze pacjenta, niewymagających przygotowania medycznego na oddziałach szpitala SP ZOZ przy ul. Bema 22 w Siedlcach oraz kompleksowego utrzymania czystości w placówkach SP ZOZ Siedlce.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 20 maja 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Hospital Service „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia oferty Wykonawcy wybranego tj.: L.S. MED. Sp. z o.o.; ul. Tużycka 8 lok. 6, 03-683 Warszawa;

3) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 oraz art. 82 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 78 ustawy Kodeks cywilny poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę wybranego tj.: L.S. MED. Sp. z o.o.; ul. Tużycka 8 lok. 6, 03-683 Warszawa; jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego tj.: L.S. MED. Sp. z o.o.; ul. Tużycka 8 lok. 6, 03-683 Warszawa; jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez L.S. MED. Sp. z o.o.; ul. Tużycka 8 lok. 6, 03-683 Warszawa; jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

6) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

Odwołujący wnieśli o:

1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę: L.S. MED. Sp. z o.o.; ul. Tużycka 8 lok. 6, 03-683 Warszawa;

2) nakazanie zamawiającemu odstąpienia oferty wykonawcy: L.S. MED. Sp. z o.o.; ul. Tużycka 8 lok. 6, 03-683 Warszawa;

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę L.S. MED. Sp. z o.o.; ul. Tużycka 8 lok. 6, 03-683 Warszawa gdyż :

a) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

b) zawiera rażąco niską cenę;

c) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

5) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania;

6) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszych w postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podnieśli, że wykonawca L.S. MED. Sp. z o.o. (przystępujący) w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, złożył ofertę zgodnie z treścią formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przywołany, wypełniony formularz ofertowy nie został podpisany przez

wykonawcę. W związku z powyższym przystępujący nie zachował formy pisemnej obowiązującej w postępowaniach o zamówienie publiczne, a przedstawione przez niego pismo nie nosi znamion oferty zarówno w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks cywilny jak również ustawy Pzp. Odwołujący podnosi, że konstytutywnym elementem formy pisemnej jest własnoręczny podpis. Elementem konstytuującym podpis jest nazwisko wystawcy danego oświadczenia lub dokumentu. Wymóg własnoręczności podpisu pod oświadczeniem woli wynika z art. 78 § 1 zdanie pierwsze ustawy Kodeks cywilny, zgodnie z którym: „do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli”. Składają podpis na dokumencie obejmującym oświadczenie woli podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych i daje jednocześnie wyraz temu, że dokument zawiera nie jedynie projektowaną treść danego oświadczenia oraz, że oświadczenie to jest zupełne oraz, że pochodzi od osoby na nim podpisanej. Art. 73 § 1 ustawy Kodeks cywilny stanowi, że „jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności”. Brak podpisu osoby, która składa ofertę, powoduje, że oferta nie wywołuje żadnych skutków prawnych.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący wskazali, że przystępujący w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, zaoferował wykonanie zamówienia cenę 2.060.298,00 zł. (słownie: dwa miliony sześćdziesiąt tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt osiem złotych 00/100). W ocenie odwołujących cena zaoferowana przez przystępującego jest nierealistyczna i skalkulowana została w sposób uniemożliwiający bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia. Cena zaoferowana przez przystępującego znacznie odbiega od wartości, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia jak również od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu tj. cena oferty najkorzystniejszej jest niższa od wartości, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia o 42 % , a od kolejnych nie odrzuconych ofert złożonych w postępowaniu nie mniej niż o 27% i 40%. Ponadto, należy zauważyć, iż przystępujący w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2013 r. przedstawił w formie tabelarycznej wartości składowe zaproponowanej wartości ofertowej w rozbiciu na poszczególne komórki organizacyjne zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, iż przystępujący w żaden sposób nie udowodnił oraz nie udokumentował, iż złożona przez niego oferta cenowa zawiera wysokość kosztów zabezpieczających prawidłowe wykonanie umowy. Istotnym jest także, że oferta przystępującego nie zawiera informacji, w tym kalkulacji, pozwalających przyjąć, że przystępujący zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia,

specyficzne rozwiązania techniczne lub, że znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia.

Odwołujący podnieśli, że przedstawione powyżej okoliczności, potwierdzają, że metoda, którą przystępujący przyjął, konkurując o udzielenie zamówienia, czyni jego ofertę niewiarygodną i nierealistyczną a nadto działania takie stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowanie przez przystępującego ceny za realizację zamówień, w ocenie odwołujących rażąco niskie, stanowi *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie niezgodności treści oferty przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący podniósł, że oferta przystępującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujących zakresach:

1) w odpowiedzi na pytanie nr 31 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający wymagał, aby wykonawca zapewniał skażony alkohol do dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych. Przystępujący w wykazie środków chemicznych i dezynfekcyjnych nie przedstawił żadnego preparatu spełniającego powyższe wymagania;

2) w odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 3.04.2013 r. zamawiający wymagał, aby na oddziałach dziecięcych, noworodkowych, położniczo-ginekologicznych, neonatologicznych stosować preparat posiadający pozytywną opinię IMiDz o spektrum działania B, F, V (HIV, HCV, HBV, Rota), Tbc. Przystępujący w wykazie środków chemicznych i dezynfekcyjnych nie przedstawił żadnego preparatu posiadającego pozytywną Opinię IMiDz spełniającego w/w kryteria przeznaczonego do szybkiej dezynfekcji i miejsc trudnodostępnych. W związku z powyższym przystępujący nie jest w stanie poprawnie świadczyć usługę na wskazanych oddziałach

3) w odpowiedzi na pytanie nr 8 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający potwierdził, że posiada podłogi przewodzące ładunki elektrostatyczne. Zakres prac obejmuje kompleksową usługę i utrzymanie w czystości podłóg w zależności od ich rodzaju. Przystępujący na stronie 833 oferty - Preparaty przeznaczone do utrzymania czystości - nie wskazał żadnego

preparatu przeznaczonego do mycia posadzek przewodzących ładunki elektrostatyczne. W związku z powyższym nie jest w stanie wykonać kompleksowo prac zgodnie z wymaganiami SIWZ

4) w odpowiedzi na pytanie nr 10 z dnia 20.03.2013 r. Zamawiający wyraźnie wskazał, jakiego rodzaju środków oczekuje od Wykonawcy do myjni - dezynfektorów. Przystępujący na stronie 833 oferty - Preparaty przeznaczone do utrzymania czystości - nie wskazał żadnego preparatu spełniającego wymagania zamawiającego.

5) w odpowiedzi na pytanie nr 21 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający wymagał, aby wykonawca zapewniał preparat przeznaczony do usuwania plam z wykładzin dywanowych. Przystępujący na stronie 833 oferty - Preparaty przeznaczone do utrzymania czystości - nie wskazał żadnego preparatu spełniającego wymagania zamawiającego i przeznaczonego do usuwania plam z wykładzin dywanowych.

6) w odpowiedzi na pytanie nr 22 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający potwierdził, że „do czyszczenia sprzętu komputerowego (monitor, klawiatura, itp.) wykonawca ma zapewnić profesjonalne środki, specjalnie do tego celu przeznaczone, nie zawierające w swoim składzie alkoholu. Wykonawca L.S. MED. Sp. z o.o. na stronie 833 oferty - Preparaty przeznaczone do utrzymania czystości - nie wskazał żadnego preparatu spełniającego wymagania zamawiającego.

7) w odpowiedzi na pytanie nr 28 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający wymagał prania firan, zasłon. Przystępujący na stronie 833 oferty - Preparaty przeznaczone do utrzymania czystości - nie wskazał żadnego preparatu spełniającego wymagania zamawiającego przeznaczonego do tej czynności.

8) zgodnie z rozdz. 7 pkt 7.4. ppkt 2 SIWZ wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty: „technologie sprzątnia dla poszczególnych jednostek organizacyjnych - plany higieny” Technologie sprzątnia dla poszczególnych jednostek organizacyjnych z uwzględnieniem ich specyfiki wraz z informacjami o zasadach sprzątnia stosowanych przez firmę świadczące o jakości oferowanych usług. Opis powinien zawierać m.in. informacje o planowanym do zastosowania w obiektach sprzęcie i maszynach wraz ze szczegółową charakterystyką - dla każdego tematu odrębny dokument. Przystępujący załączył do oferty tylko plan higieny zawierający m.in.: tabele, zakres prac, środki, sprzęt, bez wskazania technologii sprzątnia i zasad jego wykonania oraz wykaz urządzeń, które zamierza zastosować w celu prawidłowego wykonania umowy bez szczegółowej charakterystyki.

9) zgodnie z rozdz. 7 pkt 7.4. ppkt 8 SIWZ wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty harmonogram sprzątnia z podziałem na czynności wykonywane dla poszczególnych jednostek organizacyjnych - dla każdego tematu odrębny dokument. Oferta przystępującego dokumentu takiego nie zawiera.

W zakresie zarzutu bezpodstawnej odmowy odtajnienia oferty przystępującego odwołujący w dniu 10 maja 2013 r. na przekazanej przez zamawiającą informacji (pismo z dnia 10 maja 2013 r.) powzięli wiedzę, o odmowie odtajnienia oferty przystępującego w zakresie dotyczącym dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedza i doświadczenie. W ocenie odwołujących czynność zamawiającego nie znajduje podstaw w stanie faktycznym sprawy. Dokumenty zastrzeżone przez przystępującego z uwagi na rodzaj wiedzy i doświadczenia, którym legitymować się musi w postępowaniu wykonawca, dotyczą prawdopodobnie kontraktów jawnych z mocy prawa. Ponadto przyjmując nawet, że ww. zamówienia są objęte klauzulą tajności to okoliczność należytego ich wykonania lub wykonywania nie jest informacją, do której dostęp może zostać z ograniczona jakichkolwiek obiektywnych powodów tzn. uzasadnionych interesem stron lub państwa albo potrzebą ochrony technologii, metodyki, budowy. Podkreślenia wymaga, że tylko obiektywne powody, w postępowaniu o zamówienie publiczne, stanowić mogą przyczynę odmowy odtajnienia. Odwołujący podkreślili, że z uwagi na znaną wśród wykonawców świadczących usługi porządkowe listę kontrahentów przystępującego zasadne są podejrzenia co do uchybień w dokonywaniu kwalifikacji informacji zawartych w wykazie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które w istocie stanowić mogą nadużycie prawa służące nieuprawnionemu uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający i przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że na stronie 2 oferty przystępującego znajduje się formularz ofertowy zawierający elementy przedmiotowo i podmiotowe oferty. Formularz nie został podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentacji przystępującego. W prawym dolnym rogu formularza znajduje się parafa w postaci inicjału „M.B”. Wszystkie strony oferty opatrzone są również takim inicjałem. Na pierwszej stronie pierwszego tomu oferty oraz na

ostatnich stronach drugiego tomu oferty znajdują się czytelne podpisy M..... B..... – Prezesa Zarządu przystępującego. Przystępujący podnosił, iż nieczytelne podpisy określane jako parafy zostały złożone przez M..... B....., działającego w imieniu przystępującego.

Zgodnie z zapisem pkt 11 ust. 8 SIWZ „proponuje się, aby wszystkie zapisane strony oferty wraz z załącznikami były kolejno ponumerowane i łączone w sposób trwały oraz na każdej stronie podpisane przez osobę (osoby) uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy, przy czym co najmniej na pierwszej i ostatniej stronie oferty podpis (podpisy) był opatrzony pieczęcią imienną Wykonawcy. Pozostałe strony mogą być parafowane”.

Z powyższego wynika, iż zamawiający nie ustanowił bezwzględnego wymogu podpisania każdej zapisanej strony, ale jedynie zaproponował takie rozwiązanie. Jednocześnie sam opracował formularze, w tym formularz oferty, w których wskazał miejsca, gdzie należało się podpisać. Zapisu pkt 11.8 SIWZ nie należy zatem interpretować w taki sposób, iż zamawiający nie wymagał podpisu na dokumentach oferty zawierających oświadczenia woli wykonawcy, gdyż pozostawałoby to w sprzeczności zarówno z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej, jak i z art. 78 zd. 1 K.c., według którego do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Zważywszy na fakt, iż zgodnie z pkt. 11.8 SIWZ nie każda strona oferty musiała być podpisana, należy rozważyć, czy znak znajdujący się na stronie 2 oferty przystępującego jest podpisem, czy też parafą. W ocenie Izby inicjał w postaci liter „M.B” nie jest podpisem osoby uprawnionej, ale jedynie parafą. Wynika to z faktu, iż Pan M..... B..... złożył swój podpis na załącznikach do oferty i podpis ten jest zupełnie inny aniżeli znak znajdujący się na stronie drugiej formularza oferty.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 30 grudnia 1993 r. III CZP 146/93 OSNCP 1994/5 poz. 94 parafę odróżnia się od podpisu przede wszystkim funkcją. Parafa stanowi bowiem sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do złożenia podpisu.

Zdaniem Izby zarzut, iż przystępujący nie podpisując formularza oferty nie zachował jej formy pisemnej należy zatem uznać za zasadny.

Pomimo stwierdzenia, że oferta przystępującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, co oznacza konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba pokrótce ustosunkuje się do pozostałych zarzutów odwołania.

Izba uznała za zasadny zarzut zaoferowania przez przystępującego rażąco niskiej ceny.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Należy wskazać tu na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, iż: "Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi około 62% ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, to w ocenie Zespołu Arbitrów zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeśli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia".

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i

funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wykonawca wskazał jedynie szacunkowe wartości składowe oferty z podziałem na jednostki organizacyjne zamawiającego.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. W ocenie Izby przystępujący nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Izba uznała za zasadne większość zarzutów niezgodności treści oferty przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odpowiedzi na pytanie nr 31 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający wymagał, aby wykonawca zapewniał skażony alkohol do dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych.

Przystępujący w Planie Higieny i w wykazie środków chemicznych i dezynfekcyjnych wskazał preparat Mikrozyd AF Liquid. Zgodnie z informacjami zawartymi w ulotce znajdującej się na stronie 759 oferty przystępującego preparat Mikrozyd AF liquid jest alkoholowym preparatem do szybkiej dezynfekcji powierzchni, sprzętów i wyposażenia medycznego. 100

g preparatu zawiera 25 g etanolu (94%), 35 g propan-1-ol. Pozostałe składniki: amfoteryczne związki powierzchniowo czynne (środki zwilżające).

Zamawiający nie wyjaśnił, co rozumie przez skażony alkohol. Potoczne rozumienie sformułowania „skażony” może oznaczać alkohol nie w czystej postaci, ale z domieszką innych, prawdopodobnie szkodliwych dla zdrowia ludzkiego substancji. W związku z tym, że preparat Mikrozid AF liquid zawiera zarówno alkohol, jak i inne substancje, Izba uznała, że w tym zakresie wymóg został spełniony. Zważywszy zaś na to, że wskazany preparat przeznaczony jest do dezynfekcji wyposażenia medycznego, w ocenie Izby przystępujący zaoferował wymagany preparat.

W odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 3.04.2013 r. zamawiający wymagał, aby na oddziałach dziecięcych, noworodkowych, położniczo-ginekologicznych, neonatologicznych stosować preparat posiadający pozytywną opinię IMiDz o spektrum działania B, F, V (HIV, HCV, HBV, Rota), Tbc. Przystępujący podniósł, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 4 kwietnia 2013 roku wyraźnie stwierdził, że dopuszcza preparaty nieposiadające opinii IMiDz, o ile obejmują wymagane spektrum. Ponadto w przekazanym wykazie środków do użycia na ww. oddziałach przeznaczone są środki Sekuspet Pulver + Aktywator, które – oprócz wymaganego spektrum działania – posiadają pozytywną opinię IMiDz.

Izba ustaliła, że zamawiający zrezygnował z pozytywnej opinii Instytutu Matki i Dziecka wyłącznie w przypadku preparatów do inaktywacji materiału biologicznego, co wynika z odpowiedzi na pytanie 2 z 3 kwietnia 2013 r. Preparat Sekusept Pulver, zaoferowany przez przystępującego, jest preparatem do dezynfekcji narzędzi i powierzchni, nie jest natomiast przewidziany do dezynfekcji miejsc trudnodostępnych – wynika to z ulotek znajdujących się na str. 778-781 oferty przystępującego. Izba uznała, iż w tym zakresie treść oferty przystępującego jest sprzeczna z treścią SIWZ.

W odpowiedzi na pytanie nr 8 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający potwierdził, że posiada podłogi przewodzące ładunki elektrostatyczne. Przystępujący podniósł, że wśród wymienionych środków do utrzymania czystości znajduje się Longlife Conductan – środek przeznaczony do polimeryzacji podłóg, który utrzymuje elektrostatyczną oporność podłogi oraz tworzy trwałą warstwę ochronną zapobiegającą wypłukiwaniu z podłogi składników przewodzących.

Izba ustaliła, że preparat Loglife conductan utrzymuje elektrostatyczną odporność podłogi, tworząc trwałą warstwę ochronną, zapobiegającą wypłukiwaniu z podłogi składników przewodzących. Nadaje się do zastosowania do wszystkich rodzajów podłóg przewodzących

i odprowadzających ładunki, podłóg z PCV i linoleum. Zamawiający nie wskazał wykonawcom technologii czyszczenia i konserwacji podłóg elektrostatycznych, zatem Izba uznała, że metodologia, którą przyjął przystępujący, spełnia wymogi SIWZ.

W odpowiedzi na pytanie nr 10 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający wskazał, jakiego rodzaju środków oczekuje od wykonawcy do myjni – dezynfektorów i były to preparaty Arjomatic Flash lub Anios RN. Jednocześnie zamawiający na rozprawie podniósł, że dopuścił preparaty równoważne, co nie zostało co do zasady zakwestionowane przez odwołujących. Odwołujący dowodzili jedynie, że zaoferowany przez przystępującego preparat Neodisher SDK nie może być uznany za równoważny, ponieważ jest to preparat o odczynie kwaśnym, podczas, gdy te, które wskazał zamawiający, są zasadowe.

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zamawiający dopuszczając preparaty równoważne winien był bowiem określić warunki tej równoważności. Przy braku takiego określenia nie ma podstaw do stwierdzenia, iż sam odczyn może decydować o tym, że preparaty są wobec siebie równoważne, czy też nie. Zgodnie z informacjami zawartymi w ulotce producenta Neodisher SBK przeznaczony jest do płukania oraz wiązania twardości wody w myjniach naczyń sanitarnych z dezynfekcją parową basenów, kaczek, butelek na mocz oraz misek w szpitalach oraz domach pomocy społecznej. Jego zastosowanie jest zatem zbieżne z zastosowaniem wskazanego przez zamawiającego środka Arjomatic Flush.

W odpowiedzi na pytanie nr 21 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający wymagał, aby wykonawca zapewniał preparat przeznaczony do usuwania plam z wykładzin dywanowych. Przystępujący podnosił, że wśród preparatów przeznaczonych do utrzymania czystości jest Taski Tapi Schampoo, który jest środkiem silnie powierzchniowo czynnym i w zależności od przygotowanego roboczego stężenia służy do głębokiego czyszczenia wykładzin i odplamiania.

Ze stanowiskiem przystępującego nie można się zgodzić. Zgodnie z ulotką znajdującą się na str. 874 oferty przystępującego preparat ten nie nadaje się do usuwania plam, ale do prania powierzchni tekstylnych. Ponadto z ulotki wynika, iż Taski Tapi Schampoo należy użyć dopiero po usunięciu plam przy użyciu odplamiacza. W ocenie Izby zaoferowany preparat nie spełnia w tym zakresie wymogów SIWZ, dlatego też zarzut należało uznać za zasadny.

W odpowiedzi na pytanie nr 22 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający potwierdził, że „do czyszczenia sprzętu komputerowego (monitor, klawiatura, itp.) wykonawca ma zapewnić

profesjonalne środki, specjalnie do tego celu przeznaczone, nie zawierające w swoim składzie alkoholu.

Przystępujący podniósł, że w Planie Higieny został wskazany Foam Cleaner, który jest przeznaczony do czyszczenia monitorów i sprzętu komputerowego. Zamawiający wywodził ponadto, że skoro preparat może być używany do plastików, można go zastosować do sprzętu komputerowego.

Izba uznała zarzut za zasadny. Zgodnie z informacjami zawartymi w ulotce CRC Foam Cleaner jest pianką czyszcząco-odtłuszczającą na bazie wodnej, uniwersalnego zastosowania w zakładach przetwórstwa żywności. Nie jest to zatem profesjonalny produkt do czyszczenia sprzętu komputerowego. Z ulotki wynika ponadto, iż preparat jest bezpieczny dla plastików pod warunkiem, że po użyciu zostanie zmyty wodą. Trudno wyobrazić sobie, iż wykonawca będzie zmywał wodą sprzęt komputerowy, zatem stanowisko zamawiającego nie może zostać uwzględnione.

W odpowiedzi na pytanie nr 28 z dnia 20.03.2013 r. zamawiający wymagał prania firan, zasłon. Zamawiający nie wskazał przy tym technologii ani żadnych innych wymogów z tym związanych. Przystępujący podniósł, że przewidział w swej ofercie możliwość oddania firan i zasłon do prania, co znalazło potwierdzenie na str. 620 i 43 oferty.

Izba uznała zarzut za niezasadny. W ocenie Izby możliwość oddania firan i zasłon do prania czyni zadość wymogom SIWZ w tym zakresie.

Zgodnie z rozdz. 7 pkt 7.4. ppkt 2 SIWZ wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty: „technologie sprzątania dla poszczególnych jednostek organizacyjnych - plany higieny” Technologie sprzątania dla poszczególnych jednostek organizacyjnych z uwzględnieniem ich specyfiki wraz z informacjami o zasadach sprzątania stosowanych przez firmę świadczące o jakości oferowanych usług. Opis powinien zawierać m.in. informacje o planowanym do zastosowania w obiektach sprzęcie i maszynach wraz ze szczegółową charakterystyką - dla każdego tematu odrębny dokument.

Izba zarzut uznała za zasadny. Przystępujący załączył do oferty tylko plan higieny zawierający m.in.: tabele, zakres prac, środki, sprzęt, bez wskazania technologii sprzątania i zasad jego wykonania oraz wykaz urządzeń, które zamierza zastosować w celu prawidłowego wykonania umowy bez szczegółowej charakterystyki.

Zgodnie z rozdz. 7 pkt 7.4. ppkt 8 SIWZ wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty harmonogram sprzątania z podziałem na czynności wykonywane dla poszczególnych jednostek organizacyjnych - dla każdego tematu odrębny dokument.

Izba zarzut uznała za zasadny. Oferta przystępującego nie zawiera bowiem harmonogramu sprzątnia.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący nieuprawnionego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na

prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Przystępujący na rozprawie oświadczył, że jedyne, co uczynił w kwestii utajnienia informacji było zawarcie w umowie z kontrahentem klauzuli o zachowaniu poufności.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność

postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....