

Sygn. akt: KIO/817/11

WYROK

z dnia 4 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 kwietnia 2011 r. przez **Baxter Polska Sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02—326 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse 2** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciążyć Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02—326 Warszawa i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Baxter Polska Sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Skarbu Państwa - Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02—326 Warszawa** na rzecz **Baxter Polska Sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02—326 Warszawa, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę czynnika krzepnięcia VIII poz. 1 – 2 - czynnik krzepnięcia VIII osoczo pochodny z dostawą do domu pacjenta/ do Centrum Leczenia Hemofilii w liczbie 34.075.400 j.m. oraz poz. 2 - czynnik krzepnięcia VIII rekombinowany z dostawą do domu pacjenta/do Centrum Leczenia Hemofilii w liczbie 336.450 j.m.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 23 lutego 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2011 r. pod numerem Dz. U/S 201 I/S 40 – 065382.

Wykonawca Baxter Polska Sp. z o.o., ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 18 kwietnia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania czynności związanych z badaniem skuteczności dokonanego przez wykonawcę objęcia klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” istotnych z punktu widzenia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu informacji, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu dostępu do oferty wykonawcy w powyższym zakresie i dokonania weryfikacji złożonej przez wykonawcę oferty;
- 2) art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy - poprzez brak zachowania przejrzystości i jawności prowadzonego postępowania na skutek bezkrytycznego uwzględnienia zastrzeżenia informacji przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonej przez wykonawcę ofercie bez uprzedniego dokonania badania czy informacje te faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 91 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy w związku z § 4 ust. 3 w zw. z § 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) - dalej zwane

„Rozporządzeniem” - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, mimo iż dokumenty dołączone przez wykonawcę nie spełniają wymogów Rozporządzenia co do formy, w której dokumenty zaświadczające o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu mogą być składane;

4) art. 91 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 w związku z §1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia w zw. z Rozdziałem III ppkt. 1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy celem uzupełnienia dokumentu, z którego będzie wynikało, iż dołączona do oferty polisa ubezpieczeniowa została opłacona;

5) art. 91 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy w związku z §1 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia w związku z Rozdziałem III ppkt. 1.2. siwz poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zaświadczających posiadanie uprawnień do utylizacji wyrobów medycznych;

6) art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, jako niezgodnej z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego z 7 kwietnia 2011 roku, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1;

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórzenia badania i oceny złożonych w zadaniu nr 1 ofert;

4) uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż informacje zastrzeżone przez wykonawcę nie wypełniają znamion definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu ujawnienie informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę

5) uznanie, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na fakt, iż nie odpowiada ona postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 7 kwietnia 2011 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty - wykonawcy Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse 2.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem niniejszego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz

postanowienia SIWZ, ofertę Przystępującego jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Zamawiający oświadczył, iż uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu, co w jego opinii wynikało z pisma z dnia 20 kwietnia 2011 r., unieważniającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonującego ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2011 r. wystąpił do wykonawcy Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse 2. o złożenie stosownych wyjaśnień i uzupełnień:

- 1) uzupełnienie na mocy art. 26 ust. 3 ustawy dokumentu potwierdzającego opłacenie przez wykonawcę złożonej w ofercie polisy ubezpieczeniowej,
- 2) wyjaśnienie kwestii poprawności formy złożonych przez firmę Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse oświadczeń wykonawcy na stronach oferty 64-68, 73-78 oraz 100-104 będących pisemnym oświadczeniem osób uprawnionych do łącznej reprezentacji wykonawcy, których podpisy zostały notarialnie poświadczane przez notariusza, z uwzględnieniem wymogów § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) oraz zapisów rozdziału III ust. 3 i 5 SIWZ,
- 3) wyjaśnienie (i/lub uzupełnienie stosownych dokumentów) kwestii organizacji przez firmę Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse obowiązku utylizacji sprzętu jednorazowego użytku w trakcie realizacji niniejszego zamówienia zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami (dot. Rozdz. IV ust. 8 pkt 16 SIWZ) z uwzględnieniem wymogu żądania przez Zamawiającego wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcy, z wskazaniem co firma rozumie pod pojęciem „transportu”.

Wobec braku wyraźnego oświadczenia Zamawiającego, iż uczyni zadość żądaniom zawartym w odwołaniu w zakresie zarzutu dotyczącego niezachowania formy oświadczenia przed notariuszem oraz zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, biorąc pod rozwagę również oświadczenie Odwołującego, iż Zamawiający nie uwzględnił wszystkich zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu (t.j. zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia wykonawcy Octopharma AG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz niezachowanie się zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, nakazującym Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie oświadczeń wykonawcy zawartych na stronach oferty

o nr: 64-68, 73-78 oraz 100-104) Izba uznała, iż nie ma podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy i skierowała sprawę na rozprawę, celem merytorycznego jej rozpoznania.

Izba zauważyła, że umorzenie postępowania odwoławczego jest możliwe tylko w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych odwołaniu, i w takiej sytuacji Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 22 kwietnia 2010 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse 2., zaś wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 19 kwietnia 2011 r.

Biorąc pod uwagę przepis art. 185 ust. 2 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse 2., gdyż zgłosił przystąpienie w terminie 3-dniowym (t.j. w dniu 22 kwietnia 2011 r.), liczonym od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, co miało miejsce w dniu 19 kwietnia 2011 r. Tym samym zdaniem Izby zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w świetle powyższego przepisu należało uznać za skuteczne.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów, w pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy w

związku z § 4 ust. 3 w zw. z § 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), stwierdzając iż powyższy zarzut potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Odnosnie powyższego zarzutu dotyczącego wykonawcy Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse 2., dotyczącego niezachowania formy oświadczenia przed notariuszem (w zakresie nie orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie złożonego wobec spółki, nie zalegania z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne oraz w zakresie nieogłoszenia upadłości przez spółkę, str. 64-68, 73-78 oraz 100-104 oferty), Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający zgodnie z punktem 5 SIWZ (wymagane dokumenty i oświadczenia) wymagał – Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 3 (dokumentów potwierdzających odpowiednio, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono jego upadłości, nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie), zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

W nawiązaniu do przepisu § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) Zamawiający dopuścił, w przypadku gdy w miejscu zamieszkania lub siedziby podmiotu nie wydaje się dokumentów, o których mowa w przepisach, przedłożenie dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Izba oceniając oświadczenia złożone przez wykonawcę Octopharma AG, CH-8853 Lachen Szwajcaria, Seidenstrasse 2. (str. 64-68, 73-78 oraz str. 100-104 oferty), kierowała się rozstrzygnięciem Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie sąd w wyroku z dnia 26 lutego 2007 r. w sprawie o sygn. akt V Ca 47/07 wskazał, iż *dokument oświadczenia opatrzony pieczęcią, z której wynika, że potwierdza ona złożenie podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie, potwierdza jedynie, że wskazana osoba złożyła swój podpis pod dokumentem.*

Przepis § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wprost przewiduje dla dokumentu formę oświadczenia składanego przed notariuszem. W świetle polskiego prawa przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia, wskazania tożsamości osoby składającej oświadczenie, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenia oświadczenia.

Stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie potwierdza m. in. również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. chociażby w wyroku KIO z dnia 15 stycznia 2009 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO/UZP 04/09, oraz wyroku KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 938/10, 997/10, 1035/10.

Podkreślenia wymaga również, iż zgodnie z art. 85 ustawy Prawo o notariacie (Dz. U. t.j. z 2002 r., Nr 42, poz. 369) notariusz stwierdza tożsamość osoby biorącej udział w czynności notarialnej. Stwierdzenie to powinno nastąpić na podstawie przewidzianych prawem dokumentów - w sposób wyłączający wszelką wątpliwość, co do określenia tożsamości osoby. Notariusz winien sposób stwierdzenia tożsamości osoby potwierdzić w treści sporządzonego dokumentu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż co prawda nie ma ustawowego wymogu przedłożenia przedmiotowego oświadczenia w formie aktu notarialnego, lecz forma dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym, nieuwzględniająca w swej treści wymogów opisanych w ustawie prawo o notariacie, t.j. np. niepotwierdzająca przyjęcia i zapoznania się przez notariusza z treścią oświadczenia osoby działającej w imieniu podmiotu składającego oświadczenie jest formą nieprawidłową i niedopuszczalną z punktu widzenia przepisów. Zdaniem KIO, forma oświadczenia złożonego przed notariuszem jest jednoznaczna, a jej definicja została zamieszczona w art. 79 pkt 9 ustawy Prawo o notariacie (Dz. U. t.j. z 2002 r., Nr 42, poz. 369).

Ponadto Izba orzekając, nie brała pod uwagę wydruków ze stron internetowych, złożonych przez Odwołującego, uznając iż dane zawarte na stronach internetowych mogą być modyfikowane, zmieniane i zdaniem Izby nie mogą stanowić wystarczającego dowodu okoliczności, na które powołuje się strona w postępowaniu odwoławczym.

Izba rozstrzygając powyższą kwestię, wzięła pod rozwagę Memorandum Dr iur. Samuela Klusa z dnia 29 kwietnia 2011 r., w którym na zadane pytanie: Czy spółka Octopharma AG mogłaby przedstawić dokumenty w formie notarialnie poświadczonej? Udzielono odpowiedzi: „*tak, możliwe jest zastosowanie formy notarialnie poświadczonej –*

konkretnych wymogów personalnych i formalnych, procedur poświadczania - w przypadku oświadczeń takich jak te zawarte w przedłożonych dokumentach, zarówno w kantonie Glarus (gdzie dokonano legalizacji przedłożonych dokumentów), jak i w kantonie Schwyz (gdzie ma siedzibę spółka Octopharma AG). Ponadto poświadczenia notarialnego można także dokonać w każdym z 26 szwajcarskich kantonów, ponieważ brak jest obowiązku jego uzyskania w konkretnej miejscowości (np. siedzibie spółki)".

Ponadto w świetle powyższego memorandum „art. 2 ustawy kantonu Glarus w sprawie poświadczeń notarialnych i legalizacji – publiczne poświadczenie dokumentu stanowi zapis faktów istotnych prawnie lub oświadczeń prawnych (...), obejmuje ono poświadczenie indywidualnych oświadczeń administracyjnych oraz poświadczenie istniejących faktów". Dodatkowo niniejsze memorandum odniosło się również do § 9 ustawy kantonu Schwyz, zgodnie z którym „Publiczne poświadczenie stanowi zapis faktów istotnych prawnie lub oświadczeń prawnych (...). Obejmuje ono poświadczenie indywidualnych oświadczeń, sporządzanie protokołu z oświadczeń administracyjnych oraz poświadczenie istniejących faktów".

Zatem Izba stwierdziła, że poświadczenie podpisu dokumentów załączonych do oferty, nie pozwala w pełni uznać, iż oświadczenie złożone zostało przed notariuszem.

W świetle powyższego, biorąc pod uwagę powyższe rozważania Zamawiający zobowiązany jest do zastosowania w powyższym zakresie (w zakresie pozycji nr 1) procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba nie nakazała Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownego badania i oceny ofert z uwagi, iż Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2011 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu powyższych czynności, jednak z uwagi na potwierdzenie się zarzutu Izba nakazuje i zobowiązuje Zamawiającego do zastosowania w powyższym zakresie procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Następnie Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Octopharma AG z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Odwołujący twierdził, iż biorąc pod uwagę że ze złożonej przez wykonawcę oferty wynika, iż zamierza on zlecić wykonanie części przedmiotu zamówienia podwykonawcy, a zakres tego zlecenia obejmuje jedynie usługi transportu, to zgodnie z Rozdziałem 8 ust. 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca był zobowiązany również do dostarczenia pojemników na odpady na czas przechowywania odpadów medycznych u pacjenta, spełniających wymogi zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz do odbioru zużytego sprzętu jednorazowego użytku i jego utylizacji. W opinii Odwołującego należało również złożyć stosowne zezwolenie. Według Odwołującego skoro z oferty wykonawcy nie wynika, że zamierza on korzystać z usług podwykonawcy w zakresie

unieszkodliwiania odpadów medycznych, należy rozumieć, iż usługę w powyższym zakresie wykonawca wykona samodzielnie. Tym samym w opinii Odwołującego wykonawca nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia samodzielnie.

Izba ustaliła, że Zamawiający zgodnie z punktem 1.2 SIWZ (wymagane dokumenty i oświadczenia) wymagał – koncesji na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej (nie dotyczy producenta) lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym.

Zgodnie z pkt 8.16 SIWZ wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia pojemników na odpady na czas przechowywania odpadów medycznych u pacjenta, spełniających wymogi zgodnie z obowiązującymi przepisami, oraz do odbioru zużytego sprzętu jednorazowego użytku i jego utylizacji.

Ponadto projekt umowy (§ 1 b) wskazywał, iż przedmiotem umowy jest sprzedaż i dostawa czynnika krzepnięcia oraz odbiór i utylizacja sprzętu jednorazowego użytku.

W opinii Izby z przytoczonych zapisów SIWZ, nie wynika aby Zamawiający wprost wymagał stosownego zezwolenia w zakresie odbioru zużytego sprzętu jednorazowego użytku i jego utylizacji od wykonawcy.

Izba zauważa, że w związku z przyjętą regułą w ustawie Pzp, iż przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco należy uznać, że podstawa odrzucenia oferty nie może wynikać z niedoprecyzowanych zapisów SIWZ. Izba zwraca uwagę, że podstawowym dokumentem na podstawie, którego wykonawcy sporządzają ofertę jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Wymagania Zamawiającego co do oferowanych zamówień i wymagań w tym zakresie powinny być jasno określone w SIWZ, a Zamawiający powinien oceniać wymagania wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane w specyfikacji. Inne zachowanie Zamawiającego, opierającego ocenę oferty o domniemane wymagania prowadzi do dowolności w ocenie złożonych ofert a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Ponadto wykonawcy winni wiedzieć jak Zamawiający będzie oceniał oferowane przez nich zamówienie, co stanowić będzie punkt odniesienia przy niniejszej ocenie i w jakie dokładnie należy złożyć dokumenty wraz z ofertą. Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do przestrzegania zarówno zasady równości i uczciwej konkurencji ale także zasady

przejrzystości postępowania wyrażonej w art. 2 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, oraz w wielu przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności w art. 36 ustawy Pzp, określającym minimum informacji niezbędnych do przygotowania i oceny złożonych ofert. Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale wyłącznie w taki sposób jak wynika to z treści SIWZ. Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje intencje doprowadzić może do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych wskazanymi w treści art. 7 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Ustawodawca jasno określił co powinna zawierać specyfikacja, w której to Zamawiający powinien wskazać wykonawcom zasady, kryteria które będą stosowane przy ocenie złożonych ofert. Zasada przejrzystości postępowania ma służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość złożenia oferty w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ ale także będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Izba wzięła pod rozwagę stanowisko wykonawcy Octopharma AG w zgłoszeniu przystąpienia, w którym stwierdzono, że *znaczenie słowa „utilizacja” porównanie tego znaczenia z jego rozumieniem przyjętym przez Odwołującego, wskazuje, że Odwołujący mylnie utożsamia pojęcie utylizacja (która była elementem przedmiotu zamówienia wskazanym w SIWZ) z pojęciem unieszkodliwianie, które oznacza działania daleko idące. Przystępujący wskazał w ofercie, że w zakresie transportu, rozumiejąc przez to zarówno transport przedmiotu zamówienia zamierza posłużyć się podwykonawcą. Podwykonawca w zakresie prowadzonej działalności posiada zezwolenia, które pozwalają mu na wykonanie usługi transportu przedmiotu zamówienia w tym utylizacji rozumianej jako transport odpadów do miejsca ich unieszkodliwiania.*

Odnosząc się do przywołanego wyroku KIO z dnia 10 września 2009 r., sygn. akt KIO 1117/09, Izba zauważa że powyższe orzeczenie odnosi się do sytuacji, w której wykonawca nie załączył do oferty oświadczenia o osobistym wykonaniu zamówienia, lub wykazania części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, zaś Zamawiający dokonał odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba w powyższym wyroku stwierdziła, że *„wyżej wskazane okoliczności nie stanowią podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy a także, wbrew temu co postuluje*

przystępująca do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp”.

Zatem biorąc pod uwagę stanowiska stron Izba nie znalazła podstaw, które skutkowałyby odrzuceniem oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ.

W świetle zapisu pkt 1.2 SIWZ trudno również uznać, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w związku z §1 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia w związku z Rozdziałem III ppkt. 1.2. siwz poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zaświadczających posiadanie uprawnień do utylizacji wyrobów medycznych, skoro Zamawiający nie wymagał wprost stosownego zezwolenia w zakresie odbioru zużytego sprzętu jednorazowego użytku i jego utylizacji.

Co do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa zdaniem Izby powyższy zarzut został uznany, z uwagi na wyrażenie zgody przez firmę Octopharma AG na odtajnienie przez Zamawiającego treści zastrzeżonych dokumentów i przekazanie Odwołującemu odtajnionej dokumentacji (pismo z dnia 26 kwietnia 2011 r, znak pisma: ZZP/ZP/29/268/11).

Izba uznała również, iż zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z §1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia w zw. z Rozdziałem III ppkt. 1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy celem uzupełnienia dokumentu, z którego będzie wynikało, iż dołączona do oferty polisa ubezpieczeniowa została opłacona został przez Zamawiającego uznany, i Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2011 r. (znak pisma: ZZP/ZP/29/270/11 wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego opłacenie złożonej w ofercie polisy ubezpieczeniowej, zatem Izba nie znalazła podstaw do rozpoznawania powyższego zarzutu.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 ustawy w związku z § 4 ust. 3 w zw. z § 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....