

WYROK
z dnia 13 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K. we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Szpital św. Anny w Miechowie,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K. we Wrocławiu 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 Sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K. we Wrocławiu na rzecz Szpitala św. Anny w Miechowie kwotę 180 zł 00 gr (słownie: sto osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Krakowie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Szpital św. Anny w Miechowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „15/2013”, którego przedmiotem jest świadczenie usług polegających na kompleksowym sprzątnięciu pomieszczeń Szpitala św. Anny w Miechowie, pracach pomocniczych (niewymagających przygotowania medycznego) przy pacjentach oraz transport wewnętrzny.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2013/S 111-189769 z dnia 11 czerwca 2013 r.

Pismem z dnia 10.10.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K. we Wrocławiu (zwanym dalej „Konsorcjum Impel”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W dniu 21.10.2013 r. Konsorcjum Impel wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż jest zgodna z SIWZ,
3. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie podania uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego,
4. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo ważności oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonanie wszelkich czynności z tym związanych i pochodnych.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

W ocenie Odwołującego czynność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego została dokonana z rażącym naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z przepisem art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Na wstępie należy stwierdzić, iż Zamawiający w treści pisma o odrzuceniu nie podał żadnego precyzyjnego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W piśmie brakuje wskazania, które według Zamawiającego preparaty w ofercie Odwołującego rzekomo nie spełniają wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie wymienił również żadnego konkretnego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zostało naruszone przez Odwołującego.

W konsekwencji trudno mówić o jakimkolwiek uzasadnieniu przez Zamawiającego oceny niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skoro Zamawiający nie ma przedstawił Odwołującemu wyników tej oceny w odniesieniu do oferty Odwołującego przez określenie, które preparaty zostały zakwestionowane przez Zamawiającego i na jakiej podstawie.

Z ostrożności procesowej zatem Odwołujący w oparciu o swoje przypuszczenia co do podstaw prawnych i faktycznych działań Zamawiającego, przedstawia poniższe stanowisko co do pełnej zgodności treści oferty Odwołującego w zakresie załącznika nr 9 do siwz z treścią specyfikacji. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygnatura akt: KIO 1950/13), na podstawie którego - zdaniem Zamawiającego – KIO ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu wymogiem określonym w SIWZ, a w szczególności w załączniku nr 9 do SIWZ jest wirusobójczość oferowanych preparatów zarówno wobec wirusa polio jak i adeno. Nie sposób się zgodzić z takim stanowiskiem Zamawiającego.

Na wstępie podkreślić należy, że przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej nie była sprawa oceny przez KIO zastosowania przez Odwołującego określonych preparatów. W cytowanej sprawie podlegającej rozpoznaniu przez KIO obecny Odwołujący podnosił zarzuty wobec oferty wykonawcy pierwotnie uznanego przez Zamawiającego za wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zakres zarzutów i żądań Odwołującego

zawarty w tymże odwołaniu, który podlegał rozpoznaniu przez skład orzekający KIO, dotyczył wyłącznie więc oferty Przystępującego: CL AR SYSTEM S.A. i to nie w pełnym zakresie treści załącznika nr 9, ale jedynie wskazanych punktach.

W sprawie o sygnaturze akt 1950/13 Krajowa Izba Odwoławcza zajęła się jedynie zbadaniem, czy preparaty wymagane przez Zamawiającego w pkt 1, 2, 3, 4 oraz 8 załącznika nr 9 do SIWZ winny posiadać działanie wirusobójcze wobec wirusa polio i adeno. Nie jest zatem prawdą twierdzenie Zamawiającego, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1950/13 uznała, iż wszystkie opisane w załączniku nr 9 do SIWZ preparaty winny wykazywać działanie bójcze wobec wirusa polio i adeno.

W uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nr 1950/13 czytamy: „Po zbadaniu treści oferty przystępującego (tj. CLAR SYSTEM SA - przyp. Odwołującego) w omawianym zakresie Izba stwierdziła, że zaoferował on następujące preparaty dezynfekcyjne:

1. Preparat do dezynfekcji powierzchni zmywalnych - Surfanios Fresh Lemon
2. Preparat do dezynfekcji powierzchni zmywalnych mających zastosowanie w oddziałach neonatologicznych i dziecięcych – Incidin Plus
3. Preparat do szybkiej dezynfekcji powierzchni trudnodostępnych - Incidin Liquid Spray
4. Preparat do dezynfekcji powierzchni sanitarnych - Medicarine
8. Preparat do szybkiej dezynfekcji wyposażenia sprzętu medycznego - Virusolve + (...)

Tym samym należy przyznać rację odwołującemu, który w odwołaniu i w toku rozprawy podnosił, że zaoferowane przez przystępującego środki dezynfekcyjne wymienione w załączniku nr 9 do SIWZ winny się charakteryzować bójczością w stosunku zarówno do wirusa polio jak i adenom wyjątkiem poz. 1 wykazu, gdzie odpowiedzią na pytanie nr 13 zamawiający ograniczył zakres bójczości do HIV, HBV, HCV, Rota.”

W powyżej cytowanym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż wymagany w pozycji nr 1 załącznika nr 9 do SIWZ preparat winien posiadać działanie bójcze wobec HIV, HBV, HCV i Rota, natomiast wymagane w pozycjach nr 2, 3, 4 oraz 8 preparaty winny wykazywać działanie bójcze wobec wirusa polio i adeno.

W pozycji 1 załącznika nr 9 do SIWZ Odwołujący zaproponował dwa preparaty, tj. Virufen i Desam Extra. Oba wskazane preparaty posiadają wymagane działanie bójcze wobec wirusa HIV, HBV, HCV i Rota. Powyższe potwierdzają ulotki informacyjne producenta oraz badanie skuteczności bójczej stanowiące załącznik do odwołania.

W pozycjach 2, 3, 4 oraz 8 załącznika nr 9 do SIWZ Odwołujący wskazał kolejno preparaty Virkon, Desprej, Oxapol oraz Triste Jet. Preparaty te posiadają działanie bójcze wobec wirusa polio i adeno, co potwierdzają ulotki informacyjne producenta oraz badania stanowiące załącznik do odwołania.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 2 z dnia 2 lipca 2013r. Zamawiający dopuścił możliwość zaproponowania dodatkowych innych niż wymagane preparatów. „Czy zamawiający wymaga zaproponowania dodatkowych środków dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekujących oprócz wymaganych przez Zamawiającego w załączniku nr 9 do SIWZ, które będą niezbędne Wykonawcy do prawidłowej realizacji usługi?

Odpowiedź: Dopuszczamy, ale nie wymagamy.”

W związku z powyższym Odwołujący w pozycji nr 2 załącznika nr 9 do SIWZ oprócz preparatu posiadającego działanie na wirusa polio i adeno (Virkon) zaproponował dodatkowy preparat Desam OX. Przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku KIO 1950/13 nie był zakres działania wirusobój czego preparatów wymaganych przez Zamawiającego w 5, 6 oraz 7 załącznika nr 9 do SIWZ.

Wskazać w tym miejscu należy wskazać, iż w siwz Zamawiający nie żądał aby wykonawcy w załączniku nr 9 w kolejnych wierszach wskazywali więcej niż jeden preparat, spełniający wymagania zawarte w specyfikacji. Zatem podanie choćby jednego preparatu spełniającego wymogi zawarte w załączniku nr 9 w ofercie Odwołującego (a jak wykazano wyżej sytuacja taka miała miejsce) - skutkować winno stwierdzeniem zgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

[...]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody złożone przez strony w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w Zał. nr 9 do SIWZ (Wykaz środków dezynfekcyjnych), w kolumnach: „Parametry użytkowe”, „Spektrum działania - V” – potwierdzonymi wyrokiem Izby z dnia 3 września 2013 r. (sygn. akt KIO 1950/13) – odnośnie zamawianych/oferowanych preparatów opisanych w poz. 2-8 ww. załącznika, zamawiający wymagał ich bójczości w stosunku do wirusów polio i adeno. Wymagania w tym zakresie względem preparatów z poz. 1 ww. załącznika zostało ograniczone przez odpowiedź zamawiającego z dnia 2 lipca br. na pytanie 13 dot. treści SIWZ.

Według załącznika nr 9 zawartego w ofercie Konsorcjum Impel (karta 68 i 69 oferty), odwołujący zaoferował następujące preparaty:

- Poz. 1 – Virufen oraz Desam Extra

- Poz. 2 – Virkon oraz Desam OX (producent: Bochemie)
- Poz. 3 – Desprej
- Poz. 4 – Oxapol
- Poz. 5 – Medicarine (producent: Ecolab)
- Poz. 6 – Meliseptol Foam Pure (producent: B Braun)
- Poz. 7 – Incidin Active
- Poz. 8 – Tristel Jet

Pismem z dnia 19.09.2013 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Impel o złożenie następujących wyjaśnień:

„1. Wskazanie czy podane w ofercie preparaty do dezynfekcji spełniają warunki pełnej wirusobójczości, a w szczególności czy spełniają wymogi wirusobójczości określone w normie EN – 14476.

2. Prosimy w szczególności o wyjaśnienie, czy określony w punkcie 1 wymóg spełniają następujące preparaty: Virufen, Desam Extra, Desam OX, Medicarine, Oxapol, Meliseptol Foam.

[...]”

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 25.09.2015 r. odwołujący wskazał, m.in.:

„Ad. 1. Podane w ofercie preparaty do dezynfekcji spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Oświadczamy również, iż preparaty, dla których Zamawiający wymagał działania wirusobójczego, dla których norma EN – 14476 ma zastosowanie, posiadają działanie wirusobójcze na wirusa polio i adeno.”

Ponadto w pkt Ad 2 odnośnie poszczególnych preparatów wykonawca wskazał (referowane w zakresie preparatów, co do których zamawiający na rozprawie podtrzymywał zarzuty niezgodności z SIWZ):

Desam OX – „Pytanie nr 2 z dnia 02.07.2013. Czy zamawiający wymaga zaproponowania dodatkowych środków dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekujących oprócz wymaganych przez Zamawiającego w załączniku nr 9 do SIWZ, które będą niezbędne Wykonawcy do prawidłowej realizacji usługi? Ad. 2. Dopuszczamy, ale nie wymagamy.” oraz „Preparat Desam OX natomiast został wskazany w punkcie 2 dodatkowo zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 2 z dnia 02.07.2013 r.”

Medicarine – „Norma EN – 14476”

Meliseptol Foam – „Norma EN – 14476 bada skuteczność bójczą wirusa polio i adeno metodą przez przecieranie [...]. Norma EN – 14476 nie ma zastosowania do preparatów w postaci pianki do szybkiej dezynfekcji. Preparat Meliseptol Foam to preparat stosowany w postaci pianki metodą przez spryskiwanie. Preparat ten nie będzie stosowany przy użyciu metody przez przecieranie.”

W piśmie z dnia 10.10.2013 zawierającym informacje o czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał:

„W wydanym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2013 r. (... syg. akt KIO 1950/13) Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu wymogiem określonym w SIWZ, a w szczególności w załączniku nr 9 do SIWZ jest wirusobójczość oferowanych preparatów zarówno co do wirusa polio, jak i adeno. W trakcie postępowania przed Izbą – oferent Konsorcjum Clar System S.A., Hospital System Sp. z o.o. podnosiło, że preparaty stosowane przez odwołującego się – Konsorcjum Impel [...] nie spełniają w powyższym zakresie wymogów SIWZ. Wobec powyższego zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia co do spełniania przez ofertę wymogów SIWZ. Otrzymane wyjaśnienia od oferenta Impel [...] oraz samodzielne wyjaśnienia prowadzone przez zamawiającego wykazały, że oferowane przez ww. oferenta preparaty są niezgodne z wymogami SIWZ, a tym samym treść złożonej oferty przez ww. wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, so skutkuje jej odrzuceniem na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów, przedłożone przez zamawiającego:

1. Ulotkę reklamową firmy B Braun, dot. środka Meliseptol Foam pure, gdzie w tabeli „Stężenie i czas działania nie opisano działania wirusobójczego w stosunku do wirusów polio i adeno.
2. Pismo (fax) Ecolab Sp. z o.o. w Krakowie z dnia 03.10.2013 r., w którym potwierdza się, iż preparat Medicarine wykazuje skuteczność w stosunku do wirusów Polio i Adeno wg metodyki PZH, natomiast nie był badany wg normy EN 14476 i w związku z tym producent nie może potwierdzić skuteczności wirusobójczej według ww. normy.
3. Pismo (fax) Aesculap Chifa Sp. z o.o. w Nowym Tomyślu (B Braun) gdzie wskazano, iż preparat Meliseptol Foam Pure był badany zgodnie z normą EN 14476 oraz podano wyciąg z raportu z badań (w języku angielskim, bez tłumaczenia), gdzie w

pkt. 3.2 podano „Non enveloped Viruses” i gdzie wymieniono między innymi: Adenovirus i Poliovirus jako „not determined”.

Nie uwzględniono w charakterze dowodów, przedłożonych przez odwołującego, różnorodnych dokumentów załączonych do odwołania – dokumenty te nie zostały konkretnie wskazane w treści odwołania oraz nie zostały omówione na rozprawie. Odwołujący nie sformułował w stosunku do nich żadnych tez i wniosków dowodowych. Nie był nawet w stanie określić czy którykolwiek z nich odnosi się do preparatów Meliseptol Foam lub Medicarine. Natomiast z treści odwołania wynikało, iż dowody te dotyczyły preparatów z innych niż wyżej wymienione, a więc nie dotyczyły pozycji 5 i 6 załącznika nr 9 do SIWZ. *De facto* dotyczyły więc okoliczności pomiędzy stronami na rozprawie niespornych.

Pominięto również dowody z treści stron internetowych wskazywanych przez odwołującego na rozprawie, jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W trakcie wyrokowania uwzględniono i przeprowadzono dowód (zgodnie wnioskowany przez strony) z akt sprawy KIO 1950/13.

Na jego podstawie stwierdzono, iż w odwołaniu oczonym ww. sygnaturą akt Izby, Konsorcjum Impel odnośnie przedmiotowego postępowania podnosiło i wywodziło, co następuje:

„W celu potwierdzenia działania wirusobójczego środek dezynfekcyjny winien wykazywać działanie zgodnie z normą PN-EN 14476 - „Chemiczne środki dezynfekcyjne i antyseptyczne. Ilościowa zawieszinowa metoda określania wirusobójczego działania chemicznych środków dezynfekcyjnych i antyseptycznych stosowanych w obszarze medycznym. Metoda badania i wymagania (faza 2/etap 1)”. Zgodnie z tą normą w środek kwalifikowany jest jako wirusobójczy, jeżeli wykazuje aktywność bójczą w stosunku do wirusa polio i wirusa adeno. W ocenie Odwołującego, wskazane przez Wykonawcę środki dezynfekcyjne Surfianos Fresh Lemon, Incidin Plus oraz Incidin Liquid Spray nie wykazują działania bójczego w stosunku do wirusa polio i adeno. Preparaty te zgodnie z przyjętymi normami nie są zatem kwalifikowane jako produkty wirusobójcze (V) i nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ.”

Ponadto stwierdzono, iż Izba w ww. wyroku wymaganie bójczości wirusów Polio i Adeno ustaliła i potwierdziła względem preparatów z poz. 2-8 zał. nr 9 do SIWZ.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ślad za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 192/13, należy wskazać, iż wyżej „*Przywołany przepis wskazuje na obowiązek poinformowania wykonawców nie tylko o odrzuceniu oferty, ale również o przyczynach takiej decyzji Zamawiającego. W uzasadnieniu tej decyzji powinno się wskazać na okoliczności faktyczne i podstawę prawną takiej czynności Zamawiającego. [...] Podkreślić należy, że przywołany przepis ustawy Pzp nie określa stopnia szczegółowości uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wykonawcy. Z dyspozycji tego przepisu należy zatem wywodzić, że Zamawiający powinien wskazać co najmniej minimalne dane co do okoliczności faktycznych związanych z odrzuceniem oferty wykonawcy, tj. takie okoliczności, które pozwolą wykonawcy na zidentyfikowanie faktycznych podstaw uznania, że jego oferta – w przypadku podstawy prawnej z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – jest sprzeczna z treścią SIWZ.*”

W pierwszej kolejności należało więc ocenić i rozstrzygnąć czy uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty podane przez zamawiającego pozwalało ustalić odwołującemu na czym polega zarzucana mu przez zamawiającego niezgodność jego oferty z treścią SIWZ.

W przypadku negatywnej odpowiedzi na powyższe, zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy należałoby uznać za potwierdzony i w związku z tym odwołanie uwzględnić, nie rozpatrując przy tym żadnych postaci niezgodności oferty z SIWZ, których zamawiający nie raczył opisać i wskazać w uzasadnieniu czynności, ale sformułował dopiero np. na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie (vide: wyrok Izby z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2345/13).

Natomiast w rozpatrywanym przypadku uznano, iż przywołane informacje zawarte w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty, pozwalały odwołującemu nie tylko na powzięcie wskazanej wiedzy o podstawach odrzucenia jego oferty, ale również na sformułowanie w tym zakresie stosownych zarzutów i ich merytorycznego uzasadnienia w treści odwołania złożonego do Izby. W cytowanym w ustaleniach Izby piśmie z dnia 10.10.2013 r. zamawiający wskazał wykonawcy jakie wymagania SIWZ przyjmuje i egzekwuje – bójczość oferowanych preparatów w zakresie wirusów polio i adeno w stosunku do wszystkich wymienionych w zał. nr 9 do SIWZ preparatów. Następnie wskazał, iż tak zrekonstruowanego przez zamawiającego wymogu nie spełniają preparaty zaoferowane przez odwołującego, a w takim przekonaniu utwierdziły go wyjaśnienia złożone przez wykonawcę oraz własne dociekania w tym zakresie.

Przy takim sformułowaniu informacji o odrzuceniu oferty należało przyjąć, iż zamawiający zarzuca odwołującemu, że wszystkie zaoferowane przez niego preparaty są niezgodne z SIWZ w zakresie wymaganego spektrum wirusobójczości.

Powyższe stanowi wystarczające wskazanie okoliczności faktycznych składających się na uzasadnienie czynności odrzucenia oferty, a zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp należało uznać za niezasadny.

Z tego typu podstawą faktyczną odrzucenia własnej oferty winien podjąć polemikę wykonawca w swoim odwołaniu, czyli wskazywać i wykazywać, że albo w odniesieniu do niektórych pozycji zał. nr 9 do SIWZ wymóg bójczości wirusów polio i adeno nie obowiązuje, albo że zaoferowane przezeń preparaty go wypełniają. Zresztą tego typu zarzuty i argumentację w odniesieniu do większości pozycji zał. nr 9 w odwołaniu sformułowano. W następstwie czego zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przyznał, iż stwierdzenie i zarzucenie niezgodności z SIWZ preparatów z poz. 1, 3,4,7 i 8 zał. nr 9 do oferty odwołującego, było niezasadne.

Jednakże zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, co do braku zapewnienia bójczości wirusów polio i adeno przez preparaty zaoferowane przez odwołującego w poz. 2,5 i 6 zał. nr 9 do oferty i związanej z tym niezgodności treści oferty z SIWZ przesądzającej o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jak wynika z ustaleń Izby, znajdujących potwierdzenie w wyroku, który zapadł w sprawie KIO 1950/13, bezwzględny wymóg pełnej bójczości wirusów polio i adeno w stosunku do preparatów wymienionych w poz. 2-8 zał. nr 9 do SIWZ, został sformułowany w treści specyfikacji. Odnośnie zgodności preparatów z pozycji 2, 5 i 6 (których dotyczył spór pomiędzy stronami) z takimi wymaganiami SIWZ co do wirusobójczości, Izba stwierdziła, co następuje:

Ad. poz. 2 – zaoferowany w tej pozycji preparat Desam OX nie wykazuje skuteczności względem wirusów polio i adeno, co jest pomiędzy stronami bezsporne. W ocenie Izby powyższe przesądza o niezgodności oferty z SIWZ, a oceny tej nie zmienia fakt, iż preparat ten jest jednym z dwóch tu zaoferowanych, natomiast preparat drugi (Virkon) spełnia wszystkie wymagania SIWZ. Cytowana w treści odwołania odpowiedź na pytania nr 2 z dnia 02.07.2013 r. dopuszczająca oferowanie większej ilości preparatów nie prowadzi do wniosku, iż dopuszczone przez zamawiającego niejako „nadmiarowe” preparaty oferowane przez wykonawcę mogą być niezgodne z SIWZ. W świetle analizy pytania i odpowiedzi nie sposób stwierdzić, w jakim sensie i rozumieniu zamawiający mógłby dopuścić do realizacji usługi preparaty dodatkowe, które są niezgodne z jego wymaganiami higienicznymi i zdrowotnymi oraz w jaki sposób takie niezgodne z SIWZ preparaty mogłyby być „niezbędne Wykonawcy do prawidłowej realizacji usługi?”.

Tym samym zaoferowanie jakiegokolwiek preparatu niespełniającego wymagań wirusobójczości należy uznać za istotną niezgodność treści oferty z SIWZ. Oceny powyższego nie zmieniają również jakiegokolwiek postanowienia SIWZ, które przyznają zamawiającemu prawo kontroli stosowanych preparatów i ustalania ich listy w trakcie realizacji zamówienia. Wymaganie pełnej wirusobójczości dotyczy wszystkich oferowanych preparatów. Zaoferowanie preparatów innych niż opisane przez zamawiającego wykracza poza zakres rzeczowy zamówienia.

Ad. poz. 5 – zaoferowany przez odwołującego preparat Medicarine (producent: Ecolab) nie jest preparatem gwarantującym pełną skuteczność wirusobójczą wymaganą przez zamawiającego i z tego względu niezgodnym z SIWZ. Powyższe wynika z oświadczenia firmy Ecolab przedstawionego na rozprawie przez zamawiającego. Preparat ten nie został przebadany i jego skuteczność nie została potwierdzona według wskazań normy EN 14476 obowiązującej w tym zakresie.

Konieczność potwierdzenia wirusobójczości według ww. normy przyjęto za stanowiskiem odwołującego wyrażonym i uzasadnionym w trakcie sprawy KIO 1950/13.

Na marginesie Izba wskazuje, iż pomijając w tym zakresie ocenę dopuszczalności zmiany „tatykt procesowych” w trakcie kolejnych postępowań odwoławczych dotyczących tego samego postępowania o udzielenie zamówienia, należy podkreślić znaczenie zasady równego traktowania wykonawców w trakcie postępowań o udzielenie zamówienia.

Ad. poz. 6 – Izba nie orzekła i nie potwierdziła niezgodności zaoferowanego preparatu Meliseptol Foam Pure (producent: B Braun) z SIWZ w zakresie bójczości wirusów polio i adeno ze względu na brak rozstrzygających dowodów potwierdzających powyższe. Zamawiający, na którym na mocy art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 6 Kc spoczywał ciężar dowiedzenia okoliczności świadczących o niedostatkach w spektrum działania preparatu, ciężaru tego nie uniósł. Zamawiający przedstawił jedynie w tym zakresie ulotkę reklamową, w której podana charakterystyka preparatu wcale nie musiała być pełna. Natomiast mogąca przesądzić o powyższym przedstawiona przezeń informacja producenta w części dotyczącej okoliczności istotnych w sprawie (potwierdzonej charakterystyki produktu) została sformułowana w języku angielskim.

Odnosnie powyższego wskazać należy, iż w związku z bezwzględny wymaganie przedstawiania tłumaczeń wszelkich dokumentów sporządzonych w języku obcym przedkładanych w trakcie rozprawy (§ 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawania odwołań – Dz. U. Nr 48 poz. 280 ze zm.), Izba nie mogła wziąć pod uwagę i oprzeć się na informacjach w języku obcym przedkładanych przez zamawiającego, których tłumaczeń nie przedstawiono.

Z uwagi na powyższe nie stwierdzono niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie preparatu zaoferowanego w poz. 6 zał. nr 9 do oferty.

W związku z faktem potwierdzenia niezgodności z treścią specyfikacji preparatów zaoferowanych w poz. 2 i 6 zał. nr 9 do oferty odwołującego, należało oddalić zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty odwołującego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp 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 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). Koszty dojazdu na rozprawę wnioskowane przez zamawiającego przyznano jedynie w zakresie jakim potwierdzono ich poniesienie – zgodnie z powołanym wyżej przepisem.