

WYROK

z dnia 8 kwietnia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2013 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (Lider konsorcjum), (2) IZAN+ Sp. z o.o. (Partner konsorcjum), z siedzibą dla Lidera w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II w Krakowie**.

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) EVER Grupa Sp. z o.o. (Lider konsorcjum), (2) Propel System Sp. z o.o. (Partner konsorcjum), z siedzibą dla Lidera w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Aspen Sp. z o.o. (Lider konsorcjum), (2) Aspen PLUS Sp. z o.o. (Partner konsorcjum), z siedzibą dla Lidera w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (Lider konsorcjum), (2) IZAN+ Sp. z o.o. (Partner konsorcjum), z siedzibą dla Lidera w Krakowie** i 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: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (Lider konsorcjum), (2) IZAN+ Sp. z o.o. (Partner konsorcjum), z siedzibą dla Lidera w Krakowie tytułem 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. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 25 marca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz.759 ze zmianami) – dalej zwana „ustawą Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie oraz „Izan+” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę utrzymania czystości prowadzi Zamawiający: Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II w Krakowie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 019-028508 w dniu 26 stycznia 2013 roku.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego; zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: CLAR SYSTEM S.A i Hospital System Sp. z o.o.(dalej „konsorcjum Clar”); zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum Clar; zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny; zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie : Aspen Sp. z o.o. i Aspen Plus Sp. z. o.o. (dalej „konsorcjum Aspen”); zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Aspen do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny; wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, co spowodowało naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego w sytuacji, gdy jego oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny; naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum Clar, w sytuacji gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje na temat dysponowania zasobami ludzkimi, niezbędnymi do wykonania zamówienia; naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny; naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Aspen do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Clar, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm konsorcjum Aspen, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; naruszenie art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu; naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar.

W związku z powyższym Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar i w konsekwencji odrzucenia ich oferty; wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny; wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Aspen do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny; odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Aspen, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; unieważnienia decyzji w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty; powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentów - wydruków ze stron internetowych na okoliczność poszukiwania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar pracowników, przy pomocy których ci wykonawcy będą wykonywać usługę na rzecz Zamawiającego; dowodu z dokumentu - zaproszenia do podjęcia pracy na okoliczność poszukiwania przez wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar pracowników, przy pomocy których ci wykonawcy będą wykonywać usługę na rzecz Zamawiającego; dowodów z dokumentów - zestawień kosztów na okoliczność istnienia rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar, i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Aspen oraz na okoliczność dopuszczenia się przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar, i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Aspen czynu nieuczciwej konkurencji poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich wytworzenia; dowodu z dokumentu - zaświadczenia o wpisie do rejestrów zakładów opieki zdrowotnej Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie na okoliczność posiadania przez ten podmiot statusu niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej.

I. Odwołujący w ofercie podał, że na kwotę brutto złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu składa się cena usług obciążona stawką podatku od towarów i usług tj. 23% za wykonanie w ramach usługi czynności dotyczących sprzątnięcia oraz „zw” (zwolnienie z VAT) za wykonanie usługi pomocy przy pacjencie. Odwołujący w dniu 15 marca 2013 roku uzyskał informacje, iż Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 86 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający uznał, że Odwołujący błędnie zastosował zwolnienie podatkowe do świadczenia usługi pomocy przy pacjencie. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że usługi pomocy przy pacjencie, które mogą być obłożone inną niż podstawowa stawką podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne nie występują. Zamawiający zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniej, uznał, iż czynności pomocy przy pacjencie nie są usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i ochronie zdrowia ani też ściśle z tymi usługami związanymi. Ponadto Zamawiający zakwalifikował usługę, stanowiącą przedmiot niniejszego zamówienia jako usługę kompleksową, dla której niedopuszczalnym jest stosowanie różnych stawek podatku od towarów i usług oraz uznał, że nie wyodrębnił usługi pomoc przy pacjencie.

Odwołujący nie może zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego. W pierwszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że nie sposób się zgodzić z twierdzeniem jakoby Zamawiający nie wyodrębnił czynności pomocy przy pacjencie. Czynności te zostały wykazane w załączniku nr 4 do SIWZ, w punkcie 26. Następnie Zamawiający potwierdził istnienie jako przedmiotu zamówienia czynności pomocy przy pacjencie w piśmie wyjaśniającym z dnia 1 marca 2013 roku (odpowiedź na pytanie 10). Stosownie do treści art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (tekst jednolity Dz. U. z 2011 Nr 177, poz. 1054), w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2011 r. nadanym ustawą z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej bezspornym jest, że zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami: związane wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze; Dla ustalenia, czy usługi zwolnione będą z podatku VAT decydujące znaczenie ma zatem wykazanie: po pierwsze, iż mamy do czynienia z usługą medyczną służącą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawą towarów lub usługą ściśle z w/w usługą związaną; po drugie - jest wykonywana przez podmiot leczniczy w ramach działalności leczniczej.

Po pierwsze usługa pomocy przy pacjencie wyodrębniona przez Zamawiającego jest usługą medyczną służącą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia (obejmuje m.in. transport chorych, zaspokajanie potrzeb fizjologicznych pacjentów, usunięcie wydaliny czy wydzieliny). Usługa ta będzie świadczona przez wykwalifikowanych pracowników Odwołującego - sanitariuszy, którzy spełniają wymogi określone w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 20 lipca 2011 roku w sprawie kwalifikacji wymaganych od pracowników na poszczególnych rodzajach stanowisk pracy w podmiotach leczniczych niebędących przedsiębiorcami (Dz. U. z 22.07.2011 r.). Po drugie usługa ta będzie wykonywana w ramach niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej, a zatem przez

podmiot leczniczy w ramach wykonywanej działalności leczniczej (dowód: wpis Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie do Rejestru Podmiotów Wykonujących Działalność Leczniczą). Wobec powyższego Odwołujący słusznie zastosował zwolnienie od opodatkowania podatkiem VAT w powyższym zakresie. Potwierdza to również m.in. interpretacja indywidualna wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 16 lipca 2012 roku (sygn.: ILPP2/443- 551/12-2/AK).

II. Odwołujący powziął; informację od swoich pracowników o bezprawnych praktykach stosowanych przez konsorcjum Clar polegających na nakłanianiu pracowników Spółdzielni do zaprzestania świadczenia pracy na rzecz Spółdzielni i podjęcia pracy w CLAR SYSTEM S.A.. Ponadto CLAR SYSTEM S.A. podejmuje inne działania zmierzające do pozyskania pracowników, którzy będą wykonywać prace na obiektach krakowskiego szpitala, np. zamieścił ogłoszenia o poszukiwaniu pracowników na portalu jobexpress, na portalu gratka.pl, na własnej stronie internetowej, czy też zamieszcza ulotki z zaproszeniem do podjęcia pracy.

Wykonawca nie świadczy usług utrzymania czystości na rzecz żadnego szpitala w Krakowie. Oznacza to, że ogłoszenia mogą dotyczyć jedynie zatrudniania pracowników, którzy będą świadczyć pracę w obiektach Zamawiającego. Powyższe potwierdza, że ani CLAR SYSTEM S.A. ani Hospital Servis sp. z o.o. nie dysponują zasobami ludzkimi niezbędnymi do wykonania przedmiotowej usługi. Konsekwencją powyższego jest złożenie przez tych wykonawców nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, co uzasadnia wykluczenie tych wykonawców z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzucenie ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

III. Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia 15.190.500,00 złotych tj. 421.958,33 złotych brutto miesięcznie. Wykonawcy: konsorcjum Clar - 247.744,35 złotych netto miesięcznie (kwoty bez obiektów D i E); konsorcjum Aspen – 269.695,33 złotych netto miesięcznie (kwoty bez obiektów D i E).

Zamawiający w różnych postanowieniach SIWZ wskazał minimalną obsadę osobową. Jak wynika z przeliczeń godzin wykonywania czynności w poszczególnych komórkach organizacyjnych wskazanych w w/w załączniku wraz z minimalną liczbą osób - wykonawcy winni przyjąć do kalkulacji kosztów 204,30 etatów plus zastępstwa chorobowe i urlopowe (wymogi bez obiektów D i E). Koszt kalkulacyjny przywołanej minimalnej obsady osobowej przy uwzględnieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14.09.2012r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę kształtuje się w wysokości 390.799,87 złotych miesięcznie, tj. powyżej miesięcznych kwot netto zaoferowanych przez wskazanych Wykonawców - w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia (bez obiektów; Di E). Dodatkowo należy podnieść, iż Wykonawcy oprócz kosztów wynagrodzeń ponosić będą dodatkowe koszty w postaci amortyzacji sprzętu, zakupu środków do dezynfekcji i mycia

oraz materiałów higienicznych, co tylko potwierdza, iż zaoferowane przez Wykonawców, ceny są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawcy deklarują realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Pomimo powyższego oczywistego faktu Zamawiający zaniechał wezwania w/w Wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

IV. Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503) 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. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie konsorcjum Clar oraz wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Aspen zaoferowali usługi poniżej kosztów ich wytworzenia. Już sam koszt wynagrodzenia pracowników niezbędnych do wykonania usługi przekracza wynagrodzenie zaoferowane przez tych wykonawców. Twierdzenia Odwołującego potwierdzają szczegółowe kalkulacje kosztów załączone do odwołania.

Wobec powyższe wniesienie odwołania uznano za konieczne.

W dniu 4 marca 2013 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania w zakresie rażąco niskiego charakteru ceny oferty konsorcjum Clar. Po wzniesieniu odwołania Zamawiający zwrócił się z wnioskiem o odniesienie się do zarzutów odwołania a konsorcjum Clar potwierdziło, że jako podmiot nie wykonujący usługi sprzątnięcia na rynku krakowskim, który liczył jednocześnie na przejęcie pracowników aktualnie sprzątnięcych w Szpitalu nie zdołał zbudować na terenie województwa małopolskiego odpowiedniego zaplecza osobowo-logistycznego, które umożliwiłoby mu świadczenie usługi po podanej w ofercie cenie. Wykonawca przyjął stawki, na które mógłby sobie pozwolić w warunkach posiadania na danym terenie odpowiedniego zaplecza. W warunkach braku takiego zaplecza jego usługa nie może być wykonywana w zakresie określonych w ofercie ram finansowych. Zamawiający wskazał, że uznanie zarzutów odwołania w stosunku do wykonawcy konsorcjum Clar skutkuje wybraniem przez niego oferty wykonawcy konsorcjum Aspen.

Jednocześnie Zamawiający podniósł, że uznanie zarzutów w stosunku do konsorcjum Clar nie wpływa na ocenę oferty konsorcjum Aspen, która to oferta jest o 997 813,80 zł droższa od oferty konsorcjum Clar i została złożona przez podmiot funkcjonujący od wielu lat

na rynku krakowskim. W związku z powyższym Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ wraz z załącznikami do niej, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron i uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego byłaby wtedy ofertą z najniższą ceną. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie odrzucenia ofert innych wykonawców, ewentualne stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie dopuściła jako uczestnika postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm - CLAR SYSTEM S.A i Hospital System Sp. z o.o. z powodu niewykazania przez tego wykonawcę posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca zgłosił przystąpienie. Po wniesieniu odwołania wykonawca, na wezwanie Zamawiającego, złożył wyjaśnienia w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny i przyznał, iż cena wyszczególniona w jego ofercie nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Na posiedzeniu przed KIO zgłaszający przystąpienie przyznał, iż w takiej sytuacji nie ma i nie może wykazać interesu w rozumieniu art. 185 ust. 3 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu przed KIO Odwołujący cofnął zarzuty sformułowane w stosunku do konsorcjum Clar dotyczące złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji oraz dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący potrzymał jedynie zarzut wystąpienia ceny rażąco niskiej w ofercie konsorcjum Clar, który to zarzut został

uwzględniony przez Zamawiającego poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zaistniałą sytuację procesową należało ocenić jako wykonanie przez Zamawiającego żądania Odwołującego jeszcze przed otwarciem rozprawy. Odwołujący w treści odwołania wskazywał na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Clar do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, zaś Zamawiający żądanie wezwania do wyjaśnień wykonał. W tej sytuacji rozstrzygnięcie przez Izbę o zasadności podniesionego przez Odwołującego zarzutu okazało się bezprzedmiotowe, skoro spór pomiędzy Stronami już wygasł. Dostrzec należy, że żadne przepisy ustawy Pzp nie zabraniają Zamawiającemu dokonywania czynności po wniesieniu odwołania, a przed jego rozstrzygnięciem przez Izbę (oprócz podpisania umowy), w tym również w kierunku wnioskowanym przez Odwołującego. Dostrzeżenia wymaga także to, że w myśl art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uczynienie przez Zamawiającego zadość żądaniom odwołania przed rozpoczęciem rozprawy, które nastąpiło poprzez skierowanie do konsorcjum Clar wezwania do złożenia wyjaśnień nie mogło zatem ująć uwadze Izby i uniemożliwiło uwzględnienie odwołania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które „miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Odwołujący pomimo świadomości zaistniałej sytuacji procesowej nie ograniczył przedstawionego w odwołaniu zarzutu w tym zakresie, a cofnął jedynie pozostałe zarzuty dotyczące konsorcjum Clar. W tej sytuacji, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp powinien wykazać, iż pomimo usunięcia zarzucanego Zamawiającemu stanu naruszenia prawa i to w sposób, który Odwołujący uznał za odpowiedni, naruszenie to może jeszcze mieć jakikolwiek wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący obowiązkowi wykazania spornej okoliczności nie sprostał, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Tym samym podzielono uprzednio wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd dotyczący oceny zaistniałej sytuacji procesowej wyrażony przykładowo w wyroku Izby z 13 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 707/11, czy też w wyroku Izby z 27 sierpnia 2012 roku, sygn. akt KIO 1710/12 oraz w wyroku z 31 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2231/12.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w postępowaniu:

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania czystości w strefie białej i szarej Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II. Załącznik nr 4 do SIWZ zawierał „Wymogi szczegółowe dla usługi utrzymania czystości”.

Pkt 26 załącznika nr 4 do SIWZ stanowi, że wykonawca zobowiązuje się do udziału w transporcie chorych, pomocy w transporcie zwłok do pomieszczenia PRO-MORTE, transporcie łóżek do Stacji Łóżek, transporcie łóżek czystych na oddziały, przygotowania łóżka (tzn. zdjęcie brudnej bielizny i założenie czystej, mycie, dezynfekcja łóżka pustego zgodnie z procedurą), pomocy przy zaspokajaniu potrzeb fizjologicznych pacjentów i usunięciu wydaliny, wydzielin – bez dodatkowego wynagrodzenia.

W dniu 20 lutego 2013 roku Zamawiający udzielając odpowiedzi na następujące pytanie: „Czy Zamawiający potwierdza, że zamówienie nie obejmuje czynności polegających na pomocy personelowi medycznemu w opiece medycznej nad pacjentami oraz wykonywaniu dodatkowych czynności, które mogą zostać zwolnione z zastosowania stawki podatku VAT”, wskazał, że przedmiotem postępowania jest usługa utrzymania czystości. Tak brzmi nazwa postępowania, tak jest sformułowany formularz cenowy i na taką usługę przeznaczone są środki budżetowe. Wszelkie inne czynności wymienione w SIWZ mają zupełnie marginalny charakter w większości wypadków są ściśle związane z czynnością sprzątania lub szerzej pojętym utrzymaniem ładu i świadczone są przez osoby sprzątające. Wartość tych usług pomocniczych powinna zostać zawarta w usłudze sprzątania. Zamawiający zaznaczył, że jakakolwiek próba wydzielenia tych usług jest zabiegiem sztucznym i niezgodnym z przedmiotem postępowania, treścią SIWZ (...). Zamawiający zauważył, że opieką nad chorymi zajmują się lekarze i pielęgniarki, a nie pracownicy firmy sprzątającej. Kwalifikacją usług z punktu widzenia podatkowego powinien zająć się wykonawca, ponieważ to on rozlicza się z podatku VAT. Zamawiający nie jest organem podatkowym i jego pogląd nie ma wpływu na prawidłowość obliczenia stawki podatku VAT. (...). Zamawiający nie może potwierdzić, ani zaprzeczyć czy usługi te mogą być zwolnione z zastosowania określonej stawki podatku, ponieważ stawki obowiązują niezależnie od oświadczeń Zamawiającego.

Udzielając w dniu 27 lutego 2013 roku odpowiedzi na pytanie: „Czy do obowiązków wykonawcy będą należały czynności pomocnicze personelowi medycznemu przy pacjencie inne niż pomoc przy transporcie chorych, pomoc przy zaspokajaniu czynności fizjologicznych pacjentów (określone w zał. Nr 4 pkt 26), jeżeli tak, to proszę je wymienić”, Zamawiający zaznaczył, że do obowiązków wykonawcy będą należały czynności pomocnicze personelowi medycznemu przy pacjencie tylko te określone w zał. Nr 4 pkt 26 SIWZ.

Wykonawca zobowiązany był do podania cen w sposób określony w załączniku nr 3 – formularzu cenowym. Zgodnie z jego treścią należało podać cenę jednostkową m² netto za miesiąc świadczenia usługi, stawkę podatku VAT, wartość brutto za miesiąc świadczenia usługi oraz wartość brutto za 36 miesięcy obowiązywania umowy.

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu z ceną brutto za 36 miesięcy wykonywania usługi w wysokości 16 798 501,08 zł, określił dwie stawki podatku VAT – 23% oraz zwolnioną.

Izba zważyła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp istota sporu między Stronami sprowadza się do wyjaśnienia czy Odwołujący w swojej ofercie zastosował i wskazał prawidłowe stawki podatku od towarów i usług dla tzw. usług pomocniczych przy pacjencie, wymienionych, zdaniem Odwołującego, przez Zamawiającego nie tylko w załączniku nr 4 pkt 26 do SIWZ, ale również w innych punktach SIWZ.

Odwołujący w odwołaniu wskazywał jako podstawę prawną zastosowania zwolnienia na usługi pomocnicze - art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2011, nr 177, poz. 1054 ze zm.) oraz powoływał się na Indywidualną Interpretację Podatkową Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 16 lipca 2012 roku wydaną dla Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka komandytowa.

Art 43 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług stanowi, że zwalnia się z opodatkowania VAT usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawy towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze.

Zwolnienie określone w przywołanym przepisie ma charakter podmiotowo - przedmiotowy. Nie budzi wątpliwości Izby, okoliczność, której Zamawiający i przystępujący także nie kwestionowali, że konsorcjum Odwołującego posiada status podmiotu leczniczego w rozumieniu ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (Dz.U. z 2011, nr 112, poz. 654 ze zm.) i jest wpisany do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą. Zatem przesłanka podmiotowa określona w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług w odniesieniu do członka konsorcjum Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie niewątpliwie zaistniała.

Jednak, w ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym nie zachodzi przesłanka przedmiotowa, co wyklucza możliwość powołania się na dyspozycję art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług jako przesłanki uzasadniającej zastosowanie zwolnienia od podatku.

Analiza zakresu przedmiotu zamówienia, jego charakteru, opisu dokonanego przez Zamawiającego oraz wszystkich udzielonych przez stronę Zamawiającą odpowiedzi na zapytania wykonawców, także w tym zakresie dotyczącym możliwości zastosowanych zwolnień podatkowych przy określeniu ceny za przedmiot zamówienia skłania do stwierdzenia, że usługi pomocnicze personelowi medycznemu przy pacjencie, wymienione zostały w sposób

wyczerpujący w załączniku nr 4 pkt 26 SIWZ. Zauważyć w tym zakresie przede wszystkim należy, że mają one charakter marginalny a ich wartość powinna być zawarta w cenie usługi sprzątnia. Ponadto nie są to usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, a raczej usługi związane z czynnościami porządkowymi i utrzymaniem porządku na sprzątanym obiekcie.

Należy jednoznacznie stwierdzić, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa utrzymania czystości i porządku, zaś czynności pomocnicze, określone w załączniku nr 4 pkt 26 SIWZ są czynnościami ściśle związanymi z usługą podstawową tj. utrzymania czystości a nie jak twierdzi Odwołujący, są usługami w zakresie opieki medycznej, służącej profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Czynności polegające na udziale w transporcie chorych, transporcie łóżek do Stacji Łóżek, przygotowania łóżka, czy też pomocy przy zaspokajaniu potrzeb fizjologicznych pacjenta mają charakter czynności porządkowych i są związane z usługą główną, polegającą na utrzymaniu czystości i pracach porządkowych szpitala. Jako nieporozumienie (lub też niezrozumienie przez stronę Odwołującą problemu) traktować należy fakt, że Odwołujący za czynność służącą celom określonym w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług uważa pomoc w transporcie zwłok do pomieszczenia PRO-MORTE (!).

Odwołujący, choć aż 80 % ceny całkowitej za przedmiot zamówienia objął stawką zwolnioną, wskazując że odnosi się on wykonywania czynności pomocniczych przy pacjencie, nie wykazał jakie inne czynności składające się na opis przedmiotu zamówienia (oprócz tych wskazanych bezpośrednio przez Zamawiającego w pkt 26 załącznika nr 4 do SIWZ) takie czynności stanowią. Na pytanie przewodniczącego na rozprawie przywołał brzmienie pkt 20, 41, 42 załącznika nr 4, jednakże punkty te w ocenie Izby odnoszą się wprost do wykonywania czynności porządkowych. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, można by dojść do wniosku, że wszystkie inne czynności niż sprzątnie pomieszczeń biurowych i magazynów podlegają zwolnieniu od podatku, ponieważ służą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia pacjenta (łącznie z myciem okien, czy myciem podłóg). A jak słusznie zauważył na rozprawie przystępujący – konsorcjum Aspen – kwestie dotyczące możliwości stosowania różnego rodzaju zwolnień interpretować należy w sposób zawężający.

Ponownie podkreślenia w ocenie składu orzekającego Izby podkreślenia wymaga okoliczność, że usługą podstawową, objętą przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania czystości w obiektach szpitala, która to usługa sama w sobie nie podlega zwolnieniu z VAT. Czynności w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia są świadczone przez personel szpitala, na co wielokrotnie zwracał uwagę Zamawiający. Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe utrzymanie czystości i porządku wraz z użyciem siły fizycznej przy niektórych tego wymagających czynnościach

porządkowych pracowników wykonawcy jedynie do pomocy pracownikom Zamawiającego, a nie pomocy pacjentom. Aby możliwe było na powołanie się na wymienione zwolnienie winno istnieć ściśle powiązanie pomiędzy świadczoną usługą a opieką nad pacjentem. Zdaniem Izby SIWZ nie przewidywała takiego powiązania (co jest tym bardziej uzasadnione skoro usługi pomocnicze w opiece nad pacjentem świadczą osoby zatrudnione bezpośrednio przez Zamawiającego), a Odwołujący nie zdołał wykazać, iż istotnie przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem uzasadnia zastosowanie zwolnienia określonego w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług.

Za wyrokiem KIO z dnia 13 listopada 2012 roku (sygn. akt KIO 2380/12) podkreślić należy, że złożona przez Odwołującego Interpretacja Indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 16 lipca 2012 roku, udzielona dla Hospital Serwis Sp. z o.o. Spółka komandytowa, nie mogła zostać przyjęta jako wiążące stanowisko w sprawie, z uwagi na okoliczność, że przedstawiony w niej stan faktyczny, w szczególności zakres wymienionych usług nie pokrywa się ściśle z rozpatrywanym stanem faktycznym, w których przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego utrzymania czystości i porządku w szpitalu a usługi pomocnicze, mają charakter marginalny i są związane z usługami porządkowymi.

W konsekwencji uznać należy, iż Zamawiający dokonał prawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące wystąpienia rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty złożonej przez konsorcjum Aspen, a tym samym nie potwierdził się również zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w stosunku do tej oferty.

Jak wynika z protokołu postępowania (Druk ZP-PN), szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w dniu 19 grudnia 2012 roku na kwotę 12 350 000,00 zł netto, co stanowi równowartość 3 072 445,02 euro, informacja ta została zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu. Wartość ta została ustalona na podstawie analizy aktualnych cen rynkowych oraz planowanych kosztów na 2013 rok. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, iż na realizację tego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 15 190 500,00 zł brutto (Druk ZP-PN), kwota ta została również podana we wzorze umowy, w § 7 ust. 1 tego dokumentu.

W postępowaniu złożono siedem ofert, tj. oferta najtańsza złożona przez konsorcjum Clar System na kwotę 14 167 704,60 zł brutto; oferta złożona przez konsorcjum Aspen z siedzibą w Krakowie na kwotę 15 165 518,40 zł brutto; oferta złożona przez konsorcjum Ever Grupa z siedzibą w Warszawie, na kwotę 14 266 261,44 zł brutto oraz oferta złożona przez Odwołującego na kwotę 16 798 501,08 zł brutto.

Art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga okoliczność, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny ani też nie wskazuje jakie kryteria należy brać pod uwagę przy ocenie tego zjawiska. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. W dalszym zakresie podkreślenia wymaga, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, przy czym ustawa nie określa przesłanek warunkujących konieczność wezwania danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. O okolicznościach tych każdorazowo rozstrzyga zamawiający, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zaistnieją wątpliwości co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (tak wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Jeśli Zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07).

Zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w procesie badania i oceny ofert, nie powziął wątpliwości co do ceny zaoferowanej żadnego z wykonawców. Na etapie postępowania odwoławczego, skierował wezwanie o wyjaśnienia do wybranego wykonawcy –konsorcjum Clar, który potwierdził, że jego oferta zawiera cenę rażąco niską. Konsekwentnie jednak Zamawiający podkreślał, że fakt ten nie wpływa na ocenę oferty konsorcjum Aspen. W ofercie tego wykonawcy - co konsekwentnie Zamawiający podnosił w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie - nie zidentyfikował problemu rażąco niskiej ceny. Analiza treści złożonych ofert, jak również posiadane przez niego informacje na temat cen, za które były dotychczas realizowane usługi będące przedmiotem tego zamówienia, a więc znajomość cen rynkowych, ustalona przez niego wartość szacunkowa zamówienia oraz porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w tym konkretnym postępowaniu nie dały mu podstaw nie tylko, że do powzięcia takich wątpliwości, ale i wezwania konsorcjum Aspen do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, iż Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na poparcie swojej tezy. Nie wskazał jakikolwiek przesłanek, które uzasadniałyby konieczność rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. Ocena, czy zachodzi podstawa do wystąpienia o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jest subiektywną oceną Zamawiającego. W niniejszej sprawie różnice w cenach w przypadku trzech pierwszych ofert znacząco od siebie nie odbiegały, nie odbiegały również od wartości zamówienia, a więc Izba uznała, że Zamawiający nie miał obowiązku występowania do wykonawcy, który złożył obecnie najtańszą ofertę o złożenie wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Jak już ustalono powyżej, wartość szacunkowa tego zamówienia wynosi 12 350 000,00 zł netto, co daje 15 190 500,00 zł brutto jako kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. Natomiast konsorcjum Aspen zaoferowało realizację przedmiotu zamówienia (w okresie 36 miesięcy) za cenę 15 165 518, 40 zł brutto. W ocenie składu orzekającego Izby z zestawienia tych kwot wynika zatem, że różnicy tej nie można uznać za rażącą. Istotnie, występuje odstępstwo ceny kwestionowanej oferty od wartości szacunkowej zamówienia. Zjawisko to nie jest niczym wyjątkowym. W każdym postępowaniu procentowa wartość odstępstwa danej oferty (oferty z najniższą ceną) od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, gdyż mają na nią wpływ inne czynniki. Tak więc odnoszenie ceny ofertowej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające i nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Zgodnie z orzecnictwem ETS (np., orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str. 01839), niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu. Dziwnym i zastanawiającym stanem byłaby okoliczność, gdy kwoty te pokrywałyby się. Ale biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz wzorze umowy wskazał jakim dysponuje środkami, nie dziwi niewielka różnica między tymi kwotami. Różnica ta z pewnością zaś nie wskazuje na okoliczność złożenia oferty z rażąco niską ceną. Oferta najkorzystniejsza cenowo jest bowiem z reguły ofertą z ceną niższą niż szacunkowa wartość zamówienia. Cena zaoferowana przez konsorcjum Aspen jest ceną, która nie różni się w sposób znaczący od wartości szacunkowej zamówienia. A warto także zauważyć, iż na szacowanie wartości zamówienia w sposób nieprawidłowy żaden z wykonawców na wcześniejszym etapie postępowania nie wskazywał.

Także porównując cenę oferty konsorcjum Aspen z cenami innych ofert nie zauważono dysproporcji, która zobowiązywałaby Zamawiającego do wystosowania wezwania

o wyjaśnienie zaoferowanej ceny w ofercie. Taka rozpiętość cen, jak wystąpiła w niniejszym stanie faktycznym jest naturalna w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem pewnego rodzaju rynkową konfrontacją cen oferowanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny cenie którejs z ofert.

Jak słusznie zauważył Odwołujący w odwołaniu podstawowym elementem kosztotwórczym w tego typu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przy kalkulacji ceny oferty są koszty osobowe zatrudnienia pracowników, jednakże w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający liczbę osób niezbędnych do wykonywania zamówienia, jak i sposób ich zatrudnienia pozostawił domenie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Dlatego też z uwagi na brak wymogu zatrudnienia osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę, nie można na obecnym etapie postępowania postawić wykonawcy zarzutu nieprzestrzegania przepisów prawa w zakresie dotyczącym wysokości wynagrodzenia, a tym samym błędnego skalkulowania ceny tego elementu wynagrodzenia wykonawcy, jak i ceny oferty tego wykonawcy. Tak postawiony zarzut, nie został przez Odwołującego wykazany, mimo iż to Odwołujący – zgodnie z art. 6 k.c. - winien był udowodnić, że cena podana przez konsorcjum Aspen jest rażąco niska. Za przekonywujące uznano natomiast wyjaśnienia złożone na rozprawie przez konsorcjum Aspen w zakresie szczególnie sprzyjających warunków wykonania zamówienia, w tym uzyskiwania dofinansowania z powodu zatrudniania osób niepełnosprawnych.

Rację ma Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie słusznie zauważył, że Odwołujący w odwołaniu zręcznie manipuluje liczbami dotyczącymi miesięcznych kwot przeznaczonych na finansowanie zamówienia. Z jednej strony bowiem Odwołujący zestawia kwotę 421 958,33 złotych brutto miesięcznie korespondującą z kwotą podaną przez Zamawiającego, a wskazuje na kwotę 269 695,33 złotych netto wynikającą z oferty konsorcjum Aspen. Pomija jednak fakt, że podana kwota wyższa jest kwotą brutto z uwzględnieniem obiektów D i E Szpitala, natomiast kwota niższa jest kwotą netto i dodatkowo bez obiektów D i E.

Dokonana analiza pokazuje, iż w żadnym z punktów odniesienia, Odwołujący nie udowodnił możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, która rodziłaby ze strony Zamawiającego obowiązek podjęcia weryfikacji złożonej oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z przedstawionych względów Izba stwierdziła, że nie zachodziły okoliczności wymagające wszczęcia przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo uczynił, uznając iż w niniejszym stanie faktycznym nie może być mowy o rażąco niskiej cenie, jak również, że brak jest

podstaw, aby wzywać konsorcjum Aspen do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, uznano, iż wykonawca Odwołujący się nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że badanie i ocena poszczególnych ofert w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: