

Sygn. akt: KIO 962/13

**WYROK**  
z dnia 10 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:            Emil Kawa

Protokolant:                Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2013 r. przez **odwołującego** – **Konsorcjum: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN + Sp. z o.o., 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** – **Zespół Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach Sp. z o. o., 41-605 Świętochłowice, ul. Chorzowska 38**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego** – **Konsorcjum: Aspen Sp. z o.o., Aspen PLUS Sp. z o.o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego** – **Konsorcjum: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN + Sp. z o.o., 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** – **Konsorcjum: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN + Sp. z o.o., 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **odwołującego – Konsorcjum: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN + Sp. z o.o., 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46**, na rzecz **zamawiającego – Zespół Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach Sp. z o. o., 41-605 Świętochłowice, ul. Chorzowska 38**, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

### **UZASADNIENIE**

Zespół Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach Sp. z o.o., ul. Chorzowska 38, 41-605 Świętochłowice, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompleksową usługę w zakresie utrzymania czystości z uwzględnieniem dezynfekcji powierzchni w obiektach Zespołu Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach Sp. z o.o., transportu wewnątrz szpitalnego, segregacji bielizny, współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem, obsługi kuchenek oddziałowych wraz z przejściem pracowników Zamawiającego na podstawie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu Pracy”.

Zamawiający wszczął procedurę udzielenia przedmiotowego zamówienia publikując Ogłoszenie o zamówieniu w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2013/S 041-065866 z dnia 27 lutego 2013 r.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 15 kwietnia 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za która została uznana oferta złożona przez konsorcjum firm: Aspen sp. z o.o. ul. Bularnia 5 oraz Aspen Plus sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwany dalej jako „przystępujący” lub „Aspen”.

Od takiego wyboru najkorzystniejszej oferty odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków oraz „Izan+” Sp. z o.o., ul. Przybosia 3, 91-170 Łódź, zwany dalej „odwołującym”. Oferta tego wykonawcy biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert – cena 100%, została sklasyfikowana na drugim miejscu, po ofercie wybranej.

W złożonym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89. ust.1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: konsorcjum firm: Aspen sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków oraz Aspen Plus sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków, w sytuacji gdy wykonawca ten złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ.
2. art. 89. ust.1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy: konsorcjum firm: Aspen w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy: konsorcjum firm: Aspen sp. z o.o, w sytuacji gdy złożenie oferty tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

5. art. 91 ust.1 Pzp poprzez wadliwy wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności:

1. Odrzucenia oferty Wykonawcy: Konsorcjum firm: Aspen sp. z o.o.

2. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;

3. Ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał na

- **w zakresie zarzutu pierwszego** wskazał na niezgodność treści oferty wykonawcy Aspen z treścią postanowień SIWZ. Podniósł, że zamawiający w pkt. VII SIWZ: „ Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia” wymagał, aby w celu potwierdzenia, iż oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego do oferty załączyć: „ Plan higieny, który winien zawierać wszystkie czynności wyszczególnione w SIWZ z podziałem na poszczególne strefy higieniczne uwzględniające wszystkie obszary szpitala wraz z informacją dotyczącą częstotliwości wykonywanych czynności, środków myjących, myjąco - dezynfekujących i dezynfekujących z podaniem spektrum działania oraz sprzętu jakimi czynności będą wykonywane” Ponadto w odpowiedziach na pytania z dnia 12.03.2013r, pytanie nr 22 Zamawiający potwierdził, że do każdej czynności zawartej w Planie Higieny należy wskazać częstotliwość, sprzęt, środki do mycia i dezynfekcji, którymi te czynności będą wykonywane.

Podniósł, że Aspen w planie higieny nie ujął konieczności wykonywania takich czynności jak: związanych z obsługą kuchenek oddziałowych, transportem wewnętrznym, czynności związanych z opieką nad pacjentami w oddziałach szpitalnych, dot. segregacji bielizny, biodekontaminacja powierzchni nadtleniem wodoru w stanie gazowym (VHP) - we wszystkich pomieszczeniach oddziału, czynności należące do obowiązków salowej, czynności związane z obowiązkami sprzątaczk, dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych, konserwacji podłóg, prania żaluzji, wymiany dozowników i pojemników na środki higieny itp.

- **w zakresie zarzutu drugiego** wskazał, że zamawiający w pkt VII SIWZ: „, Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia” wymagał, aby w celu potwierdzenia, iż oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego do oferty załączyć: „ Wykaz środków chemicznych, wraz z

kartami charakterystyki, które Wykonawca będzie stosował wykonując zamówienie”. Natomiast w „Wykazie preparatów dezynfekcyjnych i środków czystości” (strony 42 - 45 oferty) wykonawcy Aspen brak jest preparatu chlorowego przeznaczonego do mycia i dezynfekcji dużych powierzchni zmywalnych, również obciążonych materiałem organicznym, jak i służący do zalewania plam krwi.

- **w zakresie zarzutu trzeciego** zarzucił zamawiającemu, że wybrał ofertę wykonawcy Aspen pomimo tego iż zamawiający w pkt. VII SIWZ, „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia” wymagał, aby w celu potwierdzenia, iż oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego do oferty załączyć: „Plan higieny, który winien zawierać wszystkie czynności wyszczególnione w SIWZ z podziałem na poszczególne strefy higieniczne uwzględniające wszystkie obszary szpitala wraz z informacją dotyczącą częstotliwości wykonywanych czynności, środków myjących, myjąco - dezynfekujących i dezynfekujących z podaniem spektrum działania oraz sprzętu jakimi czynności będą wykonywane”. Natomiast wykonawca: Konsorcjum firm: Aspen. w załączonym do oferty „Planie higieny dla Zespołu Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach (strona 136 oferty) dla czynności „mycie i dezynfekcja kaloryferów, lamp wywietrzników - 1 x w tygodniu”, która wymagana jest do wykonywania w Strefie II, Obszar medyczny, w pomieszczeniach sale operacyjne, sala cięć, nie wskazał żadnego preparatu do dezynfekcji.

- **w zakresie zarzutu czwartego** podniósł, że zamawiający podobnie jak w ww. zarzutach w pkt VII SIWZ wymagał, aby dla potwierdzenia iż oferowane usługi spełniają postawione wymogi co do szczegółowego opisu w Planie Higieny częstotliwości, sprzętu oraz środków do mycia i dezynfekcji, którymi te czynności będą wykonywane. Natomiast wykonawca Aspen dla czynności mycia i dezynfekcji dozownikami na mydło i środek dezynfekcyjny nie przypisał sprzętu ani środków do mycia i dezynfekcji, którymi tą czynność zamierza realizować.

- **w zakresie zarzutu piątego** dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Aspen oraz dopuszczenia się przez Konsorcjum Aspen czynu nieuczciwej konkurencji, podniósł, że w dniu 10 kwietnia 2013 roku zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aspen do wyjaśnień czy oferta tych wykonawców zawiera rażąco niską cenę, albowiem cena zaoferowana przez tych wykonawców nie pokrywała nawet kosztów wynagrodzenia pracowników potrzebnych do wykonania zamówienia. Wartość oferty wykonawców określona w formularzu ofertowym tych wykonawców wynosi 70.437,16 złotych brutto, a koszty zatrudnienia osób, które podlegają przejęciu przez wykonawcę wynosi 76 949,54 złotych. Wykonawca Aspen w piśmie z dnia 11 kwietnia 2013 roku wyjaśnił, że zastąpi pracowników, którzy zostaną przejęci od zamawiającego, pracownikami niepełnosprawnymi (zatrudnionymi w obiektach w Katowicach, w Bytomiu i Rudzie Śląskiej).

Wyjaśnienia te budzą uzasadnione wątpliwości. Wykonawcy ci, nie wykazali, że posiadają dostateczną liczbę osób niepełnosprawnych niezbędnych do dokonania w/w zamiany. Nie wykazali również, że pracownicy ci zgodzą się na zamianę miejsca wykonywania pracy (świadczenie pracy w innym mieście). Nie wykazano, że oferowana cena ofertowa na dzień złożenia ofert, pokrywa wszystkie wydatki jakie będą musieli ponieść w związku z realizacją zamówienia. Nie zasługują na uwzględnienie wyjaśnienia tego wykonawcy, iż w przyszłości będzie korzystał z ulg czy zwolnień. Jest to tylko przypuszczenie.

W związku z tym ich oferta winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Ponadto odwołujący podniósł, że działanie w/w wykonawców sprowadzać się będzie w rzeczywistości do pokrywania strat, ponoszonych w związku z realizacją niniejszego zamówienia, zyskami osiąganymi przez tych wykonawców w związku z realizacją innych zamówień (jeżeli bowiem w/w wykonawcy zastąpią przejętych pracowników pracownikami niepełnosprawnymi zatrudnionymi na innych obiektach, to osiągną mniejszy zysk z zamówień realizowanych na tych obiektach). Takie działanie nie stanowi konkurencji rzetelnej ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę konkurencyjną, któremu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala przeciwdziałać także na gruncie ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty.

Stwierdził, że działanie w/w wykonawców zagraża interesom innych wykonawców, gdyż utrudnia im dostęp do rynku. 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 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503)

Dodał iż 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 Aspen Sp. z o.o. i Aspen plus Sp. z o.o. zaoferowali usługi poniżej kosztów ich wytworzenia. Już sam koszt wynagrodzenia pracowników niezbędnych do wykonania usługi przekracza wynagrodzenie zaoferowane przez tych wykonawców.

Zamawiający i przystępujący złożyli podobnej treści pisma procesowe w których wniosli o oddalenie odwołania gdyż zarzuty podniesione w odwołaniu są ich zdaniem niezasadne, a ponadto odwołujący stara się wymagać od wykonawcy Aspen spełnienia wymogów SIWZ w zakresie wyższym niż to wynika z treści postanowień SIWZ oraz wyższym niż oczekiwał od wykonawców sam zamawiający.

**Krajowa Izba Odwoławcza (KIO)** po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi zamawiającego na odwołania oraz pismem procesowym przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania ustaliła i zważyła, co następuje:

**Odwołanie jest niezasadne.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący i przystępujący posiadają interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionych zarzutów Izba uznała za niezbędne odniesienie się do kwestii tzw. „szczegółowości Planu Higieny”, a więc kwestii odnoszącej się do zarzutu 1; 3 i 4 odwołania. Zdaniem Izby nie wydaje się zasadne oczekiwanie od profesjonalnego wykonawcy aby w sposób szczegółowy opisywał każdą czynność niezbędną do wykonania przedmiotu zamówienia. Postawienie w SIWZ wymogu „*dokonania opisu wszystkich czynności*” należy odczytywać w taki sposób iż ma on stanowić dla profesjonalnego wykonawcy „swoistą instrukcję” postępowania”, a nie opis każdej mającej być wykonanej czynności. Określenie „wszystkie czynności” jest pojęciem niedookreślonym i jak powyżej wskazano dla jednego wykonawcy nawet „prosty opis czynności”, będzie wystarczającym co do wymogów postępowania w danej sytuacji, natomiast dla innego niezbędne będzie opisanie „krok po kroku” wszystkich działań które należy wykonać dla uzyskania wymaganego efektu. Tym samym zdaniem Izby, to zamawiający winien biorąc pod uwagę interpretację postanowień SIWZ ocenić czy dany opis w ofercie należy uznać za wystarczający. Tym samym według Izby określenie „opis wszystkich czynności” należy odczytywać jako opis niezbędny, aby profesjonalny pracownik mógł daną czynność prawidłowo wykonać.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutu nr 1 wskazać należy, że odwołujący zarzuca zamawiającemu wybór oferty w której Plan Higieny nie zawiera szczegółowego opisu szeregu niezbędnych do wykonania czynności. Jednakże zdaniem Izby zwrócić uwagę należy na fakt, że integralną częścią umowy jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia w tym i załącznik 1.3 do SIWZ gdzie zamawiający opisał w punktach czynności niezbędne do wykonania dla danego obszaru przedmiotu zamówienia. Jednakże mylącym dla wykonawców mógł być fakt, że zamawiający wskazał, iż załącznik ten jest podstawą do sporządzenia Planu Higieny nie podając, jak to uczynił na rozprawie iż podpisany załącznik 1.3 do SIWZ będzie także przez zamawiającego uznany za wystarczający Plan Higieny.

Wskazać należy, że co do zasady można stwierdzić, iż treść SIWZ i treść oferty to merytoryczne postanowienia oświadczeń woli: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ. oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie przez złożenie oferty zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i podpisania z nim umowy. Porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ.

W zakresie szczegółowych zarzutów wymienionych w zarzucie nr 1 Izba uznaje iż stanowisko odwołującego w zakresie oczekiwania „bardziej szczegółowego” niż to uczynił wykonawca Aspen opisu czynności w Planie Higieny jest dążeniem do nadmiernej kazuistyki w tym zakresie, a przedstawiony opis jest wystarczający, aby profesjonalny wykonawca w sposób prawidłowy wykonał niezbędne czynności. Trudno uznać za konieczne i zasadne oczekiwania szczegółowego opisu tak prostych czynności jak umycie i zdezynfekowanie sprzętu po zakończeniu sprzątnięcia, sposobu liczenia bielizny i jej ważenia, ścielenia łóżek szpitalnych, przewożenia pacjentów w obecności pielęgniarki itp.

Podobnie należy ocenić brak precyzyjnego wskazania w planie higieny sposobu używania środków chemicznych do mycia i dezynfekcji powierzchni. Izba uznaje za wystarczające zobowiązanie się wykonawcy do przyjęcia ustaleń zamawiającego wskazanych w załączniku nr 1.4 do SIWZ, pkt nr 1, gdzie pod tabelą wskazano iż, cyt. *„Wykonawca zobowiązuje się do ścisłego przestrzegania zaleceń producenta preparatów chemicznych, w szczególności stężenia, czasu działania, sposobu stosowania i przechowywania preparatów”*, potwierdzając tym samym, że wykonawca nie jest władny do zmiany sposobu postępowania z takimi środkami.

Biorąc to pod uwagę Izba uznaje dokonane uszczegółowienia w Planie Higieny załącznika 1.3 do SIWZ za wystarczające do wykazania zamawiającemu iż wykonawca posiada zarówno wiedzę, doświadczenie oraz niezbędny sprzęt aby zamówienie wykonać. Tym samym zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu drugiego odwołujący zarzucił, że wykonawca Aspen nie zaoferował preparatu chlorowego opartego na dichloroizocjanuranu sodu, zawierającego substancje powierzchniowo czynną w tabletkach, przeznaczonego do mycia i dezynfekcji dużych powierzchni zmywalnych, również obciążonych materiałem organicznym, jak i służącym do zalewania plam krwi. B (*Clostridiumdifficile*), Tbc, V, F i S, MRSA.

Do mycia i dezynfekcji takich powierzchni Aspen zaoferował środek Medicarine. Zamawiający opierając się na załączonej decyzji Ministra Zdrowia dotyczącej dopuszczenia do obrotu i stosowania ten preparat uznał iż środek ten spełnia postawiony wymóg.



Dokonując analizy przedmiotowej decyzji Ministra Zdrowia, brak jest zdaniem Izby jakichkolwiek podstaw, aby ten środek uznać za spełniający wymagania postawione w SIWZ. Z opisu tego środka w sposób jednoznaczny wynika, że jest to środek biobójczy, a sporządzony roztwór służy do *dezynfekcji zmywalnych powierzchni wolnych od zanieczyszczeń organicznych*, czyli czystych. Jednakże Izba poddając analizie środki zaoferowane przez wykonawcę w sposób niewątpliwy ustaliła, że wykonawca ten zaoferował do czyszczenia między innymi innych powierzchni szpitala, środek o nazwie Quatrodens Strong oparty na bazie dichloroizocjanuranu sodu nadający się do mycia i dezynfekcji dużych powierzchni. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia braku zaoferowania wymaganego środka o właściwościach myjąco- dezynfekcyjnych. Niezasadny wydaje się zarzut jakoby było niezbędne w planie higieny wyszczególnienie przy każdej wykonywanej czynności nazwy środka chemicznego którym będzie czyszczona czy dezynfekowana dana powierzchnia. Ważne jest aby wykonawca zaoferował całe spektrum takich środków którymi można będzie umyć czy zdezynfekować wszystkie powierzchnie czy to budynku czy urządzeń szpitala. Za zasadnością takiego stanowiska przemawia również fakt, że po pierwsze nieracjonalne byłoby założenie, że przez cały okres wykonywania zamówienia (4 lata) do tego typu powierzchni będzie stosowany tylko ten jeden środek myjąco dezynfekcyjny. Ze względu na powszechnie znany fakt oporności bakterii na powtarzające się substancje antybakteryjne, niezbędne będzie co pewien okres ich zmiana. Ponadto samo zaoferowanie środka nie przesądza o fakcie iż będzie on w ogóle używany, gdyż zgodnie z SIWZ o tym, jaki środek w danym momencie ma być użyty, decyduje pielęgniarka epidemiologiczna szpitala (§2 pkt 7F projektu umowy).

Tym samym zarzut ten nie może zostać uwzględniony.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego braku zaoferowania w Planie Higieny preparatu do dezynfekcji dla czynności „mycia i dezynfekcji kaloryferów, lamp, wywietrzników” Izba stwierdziła iż został zaoferowany co najmniej jeden środek nadający się do wykonania tych czynności – środek Quatrodens Strong. Należy ponadto zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że ofertę należy traktować łącznie. Samo miejsce wpisania środka nie dyskwalifikuje go do użycia w trakcie realizacji usługi w miejscach innych niż wskazane w planie higieny. Tym samym zarzut ten nie może zostać uznany za zasadny.

W zakresie zarzutu czwartego odwołujący zarzucił, że w Planie Higieny nie podano sprzętu ani środków do mycia i dezynfekcji dozowników na mydło i środek dezynfekcyjny. Zarzut ten przy powołaniu argumentacji Izby jak w odniesieniu do powyższych zarzutów należy uznać za niezasadny. Wykonawca podał w ofercie szereg środków nadających się do wykonania tej czynności.

Izba odnosząc się do wyżej rozpatrzonych zarzutów wskazuje, że bardziej lub mniej szczegółowe ze względu na złożoność przedmiotu zamówienia ujęcie w Planie Higieny

niezbędnych do wykonania czynności wraz z przypisaniem mu odpowiedniego sprzętu czy środków myjąco –dezynfekcyjnych, nie może oznaczać niezgodności z SIWZ mogącej być podstawą do odrzucenia oferty.

Za wyrokiem KIO 1105/08 należy stwierdzić, że sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów.

Natomiast zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający może dokonać odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. W tym zakresie odwołujący przywoływanymi stwierdzeniami wystąpienia takiej sytuacji co do niezgodności treści oferty z SIWZ nie wykazał i nie udowodnił. Samo podnoszenie wątpliwości w tym zakresie nie może być podstawą do uwzględnienia zarzutów, wymagane jest ich udowodnienie.

W zakresie zarzutu piątego dotyczącego stanowiska odwołującego, że wybrana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, a zaoferowanie takiej ceny należy uznać ponadto za czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący podniósł, że wykonawca Aspen twierdzi, że wszystkich dotychczasowych pracowników szpitala związanych z niniejszym zamówieniem przeniesie do pracy w innych zakładach, a na ich miejsce zatrudni osoby niepełnosprawne z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Jednakże w tym zakresie wykonawca Aspen nie przedstawił żadnego dowodu, iż takie osoby posiada, a osoby te posiadają odpowiednie kwalifikacje i wyrażą zgodę na przejście do pracy u zamawiającego. Ponadto podniósł, że w wyjaśnieniach odwołujący podał, iż z tytułu zatrudnienia osoby niepełnosprawnej z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności uzyska dofinansowanie w kwocie 1440 zł na jedną osobę. W tej sytuacji dokonując przemnożenia ilości 35 osób, którymi tylko rzekomo dysponuje Aspen przez możliwą do uzyskania kwotę dofinansowania, to daje to kwotę 50 400 zł, a w wyliczeniach dla zamawiającego, aby zamknąć bilans kosztów niezbędne jest uzyskanie dofinansowania w wysokości 69 115 zł. Tym samym w budżecie przystępującego brakuje kwoty 19 000,00 złotych.

Zamawiający i przystępujący odnosząc się do tego zarzutu podnieśli iż że decydującym kryterium wyboru oferty wykonawcy zgodnie SIWZ była cena. W toku postępowania zamawiający zwrócił się do wykonawcy Aspen z zapytaniem o wyjaśnienie wysokości ceny zaoferowanej w jego ofercie i otrzymał wyjaśnienie, które w ocenie zamawiającego było logiczne, ekonomicznie uzasadnione i nie stanowiło naruszenia prawa. Z uzasadnienia tego wynika opłacalność ekonomiczna w zaoferowaniu wskazanej w ofercie ceny. Stwierdził, że skoro odwołujący zarzuca zastosowanie rażąco niskiej ceny winien ten zarzut udowodnić, a

nie tylko zgłaszać zastrzeżenia. Ponadto biorąc pod uwagę, iż zamówienie będzie realizowane przez okres 4 lat i ewentualne mniejsze przychody wykonawcy w jego początkowym okresie nie mogą być traktowane jako takie, które spowodują, iż nie będzie on w stanie wykonać tego zamówienia biorąc pod uwagę całość oferowanej ceny jak i okres trwania tego zamówienia. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania twierdzeń przystępującego.

Izba odnosząc się do tego zarzutu na wstępie wskazuje, że z rażąco niską ceną oferty mamy do czynienia w sytuacji kiedy zaoferowana cena nie pokrywa kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, a żaden podmiot gospodarczy funkcjonujący na rynku nie byłby w stanie wykonać tego zamówienia za oferowaną cenę. Jednocześnie wskazać należy, że może zaistnieć taka sytuacja iż taka sama wysokość ceny w ofertach u jednego wykonawcy może nie pokrywać kosztów wykonania zamówienia, a u innego zapewniać mu nawet godziwy zysk na realizacji tego zamówienia.

Przepisy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 P.z.p. Również tego pojęcia nie definiują dyrektywy unijne. Wskazuje to na brak jednoznacznie ustalonych reguł w oparciu o które można by ustalać fakt zaistnienia w ofercie ceny rażąco niskiej, jak i wykazywać, że zaoferowana cena jest ceną realną.

Brak takich uregulowań wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Dlatego też każdy tego typu przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (podobnie: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

W przedmiotowej sprawie zwrócić należy uwagę na fakt, że zamawiający sformułował wezwanie do wyjaśnień w sposób bardzo ogólny, nie zadając żadnego szczegółowego pytania. Tym samym wykonawca nie miał obowiązku szczegółowego odnoszenia się do każdej pozycji kosztowej. Tym samym brak jest podstaw do zarzucenia złożonym wyjaśnieniom iż są niepełne lub zbyt ogólne. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r sygn. Akt V Ga 122/10 należy wskazać, że wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie pytań. Pytanie do wykonawcy powinno, wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tak więc wykonawca aby te wątpliwości rozwiązać musi wiedzieć, które to elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Natomiast gdy zamawiający nie wskazuje jakich konkretnie kwestii co do których domaga się wyjaśnień i do których wykonawca ma się odnieść, a podnosi jedynie iż zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej przez niego wartości zamówienia, to przy tak ogólnikowym sformułowaniu wezwania brak jest podstawy do domagania się by wykonawca złożył szczegółowe

wyjaśnienia. Tym samym nie można tak jak twierdzi odwołujący złożonych wyjaśnień uznać za ogólnikowe. Są one wg Izby merytoryczne i wyjaśniające podstawę uzyskania przychodów które pokryją koszty realizacji umowy. Niewątpliwie jest, że w pierwszym okresie realizacji zamówienia wykonawca może nie osiągać dochodu w pełni pokrywające koszty wykonywania zamówienia. Jednakże biorąc pod uwagę przyjętą koncepcję wykonywania zamówienia oraz czasookres obowiązywania umowy, brak jest podstaw do przyjęcia, że przychody uzyskiwane w tego tytułu nie pokryją kosztów działalności, a wykonawca na realizacji całości umowy poniesie straty.

Odwołujący kwestionuje brak możliwości pokrycia kosztów wykonywania zamówienia przychodami tylko w początkowym okresie realizacji zamówienia i tylko w zakresie kosztów osobowych, nie wspominając w ogóle o sytuacji rozliczenia całości zamówienia, nie kwestionuje również kosztu materiałów i sprzętu. Pomija w swojej ocenie zupełnie stanowisko odwołującego wskazane w wyjaśnieniach iż średni koszt wynagrodzenia pracowników na przestrzeni 48 miesięcy będzie wynosił w skali miesiąca kwotę 28 417,55 zł, a więc będzie niższy o prawie 50 tys. zł od kosztu wynagrodzeń pracowników przejmowanych z chwilą podpisania umowy. W tym zakresie nie tylko nie składa zarzutu, ale także nie przedstawia jakiegokolwiek dowodu mającego uzasadniać taką sytuację. O rażąco niskiej cenie można mówić tylko w odniesieniu co do całości oferty, biorąc pod uwagę zarówno jej zakres jak i czas jej trwania.

Tym samym zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny nie znalazł potwierdzenia zarówno w argumentacji odwołującego jak i nie został wskazany dowód mający to stanowisko odwołującego uzasadniać.

Zupełnie inną kwestią jest sytuacja wskazywana przez odwołującego w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, iż zamierza zwolnić- przenieść do innych zakładów pracy, **wszystkich** pracowników zamawiającego, czego żaden z pozostałych wykonawców nie zakładał. Zdaniem Izby tą kwestię można tylko oceniać w aspekcie społecznym, a nie prawnym.

Otóż trudno uznać za prawidłowe takie postawienie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, aby zezwolić by wszyscy dotychczasowi pracownicy wykonujący zakres prac objętych przedmiotowym zamówieniem, a więc osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje i na pewno doświadczenie, zostali tylko z tego powodu, że nie są osobami niepełnosprawnymi zwolnieni z pracy w szpitalu i przeniesieni do takich zakładów pracy, jak np. do centrów handlowych typu Carrfur czy Praktiker.

Natomiast na ich miejsca zostaną zatrudnione osoby niepełnosprawne pracujące w różnych zakładach wykonawcy Aspen. Zamawiający nie stawia wymogu co do posiadania przez nich odpowiedniego doświadczenia czy kwalifikacji. Ponadto chyba umknął uwadze zamawiającego fakt jak taka ww. zamiana kadrowa

jak i deklaracja o zmniejszeniu ilości dotychczas pracujących u zamawiającego pracowników o około 40% wpłynie na standard świadczonych usług przez szpital.

Dlatego też Izba biorąc pod uwagę nie stwierdzenia zaoferowania przez wykonawcę Aspen rażąco niskiej ceny oferty, to tym samym nie jest możliwe stwierdzenie iż zaoferowanie takiej ceny jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Tylko „istotność wpływu” naruszenia przepisów ustawy pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia, daje Izbie możliwość uwzględnienia odwołania, to oznacza iż ustawodawca, dopuszcza wystąpienie stosunkowo niewielkich odchyłeń od uregulowań danego przepisu. Istotność wpływu należy rozumieć jako doniosłość, ważność, dokonanych naruszeń, który stanowi pewien dopuszczalny próg czy też granicę, po przekroczeniu której zachowania stron postępowania o zamówienie publiczne, nie dadzą się pogodzić z przepisami prawa oraz zasadami prawa zamówień publicznych. Kwestię istotności wpływu naruszeń prawa na postępowanie o zamówienie Izba ocenia w każdym przypadku indywidualnie, odnosząc ją do wpływu danego naruszenia, na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....