

Sygn. akt: KIO 1498/13

WYROK
z dnia 10 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis Company sp. z o.o., sp.k., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali, 41 – 500 Chorzów, ul. Strzelców Bytomskich 11**

przy udziale wykonawcy **L.S. MED., 03 – 683 Warszawa, ul. Tylżycka 6/8** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis Company sp. z o.o., sp.k., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118** 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 **Konsorcjum: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis Company sp. z o.o., sp.k., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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

SP ZOZ Zespół Szpitali Miejskich zlokalizowanych przy ulicach Strzelców Bytomskich 11 oraz Karola Miarki 40 w Chorzowie, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kompleksowe sprzątnięcie pomieszczeń jednostek organizacyjnych SP ZOZ Zespołu Szpitali Miejskich zlokalizowanych przy ulicach Strzelców Bytomskich 11 oraz Karola Miarki 40 w Chorzowie.

Ogłoszenie zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2013/S - 076-127744 z dnia 18 kwietnia 2013 r.

W dniu 10 czerwca 2013 r. w oparciu o zawiadomienie zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo nr: SP ZOZ ZSM/ZP/230/15.8/2013 z dnia 10 czerwca 2013 r.), wykonawcy powzięli informację, że jako najkorzystniejsza w postępowaniu uznana została oferta wykonawcy L.S. MED. Sp. z o.o.; ul. Tużycka 8 lok. 6, 03-683 Warszawa.

Od takiej czynności zamawiającego w dniu 20 czerwca wykonawca Konsorcjum: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis Company sp. z o.o., sp.k., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118 złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców,

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2b i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z par. 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy wybranego tj. L.S. MED. Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedza i doświadczenie, mimo iż ww. wykonawca nie wykazał spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy wybranego tj. L.S. MED. Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, mimo iż ww. wykonawca nie wykazał spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu;

4) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę L.S. MED. Sp. z o.o.

jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

5) art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę wybranego tj.: L.S. MED. Sp. z o.o., mimo że ww. wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

6) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o nakazanie zamawiającemu

1) uchylenia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę: L.S. MED. Sp. z o.o

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę L.S. MED. Sp. z o.o gdyż :

a) zawiera rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

b) wykonawca L.S. MED. Sp. z o.o. nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

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

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

ewentualnie, z daleko idącej ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów w części dotyczącej rażąco niskiej ceny i jej wyjaśnień, wniósł o:

1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę: L.S. MED. Sp. z o.o

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy L.S. MED. Sp. z o.o.; do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedza i doświadczenie oraz warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym;

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

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że czynność dokonana przez zamawiającego jest bezpodstawna i dokonana została z naruszeniem prawa, gdyż:

a) oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

b) wskazany wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

c) wskazany wykonawca nie wykazał, że spełnia ustalone w postępowaniu warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wybranej oferty podniósł iż wykonawca L.S. MED. Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 5.691.755,52 zł. W ocenie odwołującego cena zaoferowana przez L.S. MED. Sp. z o.o. jest nierealistyczna i skalkulowana została w sposób uniemożliwiający bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia. Cena zaoferowana przez ww. wykonawcę, znacznie odbiega od wartości pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Cena oferty najkorzystniejszej jest niższa od kolejnych nieodrzuconych ofert złożonych przynajmniej o 25 % i np. stanowi połowę ceny zaoferowanej przez wykonawcę EZT SA z Sosnowca. Istotnym jest także, że oferta L.S. MED. Sp. z o.o. nie zawiera informacji, w tym kalkulacji, pozwalających przyjąć, że wykonawca ten zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne, lub, że znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia.

W związku z powyższym, w przedmiotowym stanie faktycznym sprawy oraz z uwagi na dysproporcję ceny ofertowej wybranego wykonawcy względem cen wykonania rzeczzonego zamówienia, w ocenie odwołującego uzasadniony jest wniosek, że cena oferty najkorzystniejszej jest ceną nierealistyczną, uniemożliwiającą w aktualnych warunkach gospodarczych realizację zamówienia.

Wskazał, że powyższe okoliczności wskazują również na fakt, że metoda, którą wybrany wykonawcy przyjął, konkurując o udzielenie zamówienia czyni jego ofertę niewiarygodną i nierealistyczną, a nadto działania takie stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Zaoferowana cena za realizację zamówień, zdaniem odwołującego rażąco niska, stanowi według niego, sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto w tym zakresie odwołujący podniósł, że w zakresie wysokości zaoferowanej ceny brak jest wyjaśnień wykonawcy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta złożona przez Wykonawcę L.S. MED. Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, zwrócił się do ww. wymienionego, pismem z dn. 31 maja 2013 r., str. 2 akapit pierwszy, z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących przedmiotowej kwestii.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca L. S. MED. Sp. z o.o., nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na realizację zamówienia, gdyż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w zakresie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawił ogólnikowe, lakoniczne i niekonkretne informacje oraz oświadczenia o sposobie, podstawach, przyczynach a także powodach przyjętej kalkulacji i zaoferowanej ceny.

Wobec powyższego odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę wykonawcy, który albo nie złożył wyjaśnień, albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza wraz dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zważywszy na fakt, że w wyjaśnieniach nie wskazano spełnienia żadnej z okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp jak również nie wskazano na obiektywny czynnik mogący mieć wpływ na wysokość ceny oferty, a także nie przedstawiono wiarygodnej, szczegółowej kalkulacji ceny oferty to zdaniem odwołującego ofertę L.S. MED. Sp. z o.o. należało odrzucić na podst. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Nadto na potwierdzenie słuszności prezentowanego w sprawie stanowiska przywołał szereg orzeczeń sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł iż wykonawca - L.S. MED. Sp. z o.o.; został wezwany pismem z dnia 31.05.2013 roku (znak pisma: ZSM/ZP/230/15.7/2013 do złożenia wyjaśnień w zakresie: kwoty zwolnienia z VAT (oraz założonego współczynnika zwolnienia 65%), a także przedstawienia szczegółowej analizy finansowej przedsięwzięcia. Wykonawca LS Med. złożył wymagane, wyjaśnienia te są wystarczające, kompletne, szczegółowe i wskazują jednoznacznie, że zaoferowana cena jest poparta dogłębną analizą. Zamawiający nadto dodał, że z przeprowadzonej przez niego analizy wewnętrznej przed wszczęciem postępowania, celem ustalenia wartości wynika, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest zbliżona do tej, jaką skalkulował zamawiający (przy zachowaniu określonych oszczędności) na początku bieżącego roku - dokument z 08.01.2013 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego spełniani przez wykonawcę L.S. MED. Sp. z o.o warunków udziału w postępowaniu wskazał, że dla wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia – którego spełnienie kwestionuje odwołujący, wymagał wykazania się wykonaniem minimum jednego zamówienia o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zadania będącego przedmiotem zamówienia. Warunkiem stawianym przez zamawiającego było zrealizowanie z należytą starannością co najmniej jednego zamówienia polegającego na kompleksowym sprzątnięciu pomieszczeń na kwotę nie mniejsza niż 1 500 000 zł brutto.

Wykonawca - L.S. MED. Sp. z o.o wykazał się dokumentem spełniającym powyższy warunek i przedstawił dokument wskazujący, że w zakresie wiedzy i doświadczenia - uzyskał

zobowiązanie podmiotu (członka grupy kapitałowej) Grupa LS Sp. z o.o. do udostępnienia w tym zakresie potencjału firmie LS Med. Sp. z o.o. W tej mierze obie firmy podpisały też stosowne porozumienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym zamawiający podał, że wykonawca celem wyjaśnienia ewentualnych nieścisłości w tym zakresie został wezwany pismem z dnia 28.05.2013 roku do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, a konkretnie posiadania maszyny do czyszczenia dużych powierzchni (posadzek, podłóg) służących do ich polimeryzacji. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia które potwierdzają spełnienia tego wymagania.

Ponadto zamawiający wskazał na zasadność oddalenia odwołania również z powodu braku spełnienia przez odwołującego przesłanki posiadania interesu o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazał, że tylko wybrana oferta mieściła się w kwocie którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Cena oferty odwołującego przekraczała tę kwotę i tym samym nawet w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, odwołujący nie będzie mógł tego zamówienia pozyskać.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca LS Med. Sp. z o.o. którego to oferta została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. W przystąpieniu jak i piśmie procesowym poparł stanowisko prezentowane przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wstępie oceny zasadności merytorycznej podniesionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty przystępującego, wskazać należy iż zgodnie z utrwalona linią orzecnicza sądów oraz KIO każda sprawa w tym zakresie winna być rozpatrywana indywidualnie biorąc pod uwagę zarówno kształtowanie parametrów ceny w skarżonej ofercie, prawidłowość sformułowania zarzutu, a także wykazanie przez odwołującego za pomocą dowodów, biorąc pod uwagę zasadę kontrydiktoryjności iż tak

skalkulowana cena nie gwarantuje pokrycia wszystkich kosztów niezbędnych do poniesienia dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, wykazanie samej różnicy w cenach ofert nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Pojęcie iż zaoferowana w ofercie cena może być rażąco niska jest określeniem subiektywnym, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i orzecznictwo nie wskazuje określonej metody przy użyciu której można by uznawać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną - wyrok KIO 2679/11.

Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Tym samym z rażąco niską ceną oferty będziemy mieć do czynienia wtedy, kiedy dany wykonawca za zaoferowaną cenę nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia.

Zaznaczyć należy również, że wysokość ceny wskazanej w ofercie jednego wykonawcy może być ceną rażąco niską, natomiast ta sama cena w ofercie innego wykonawcy może zapewniać nie tylko możliwość wykonania zamówienia, ale także zapewnić odpowiedni zysk wykonawcy. Prowadzi to do wniosku, że cena oferty jednego wykonawcy pomimo, że jest zbliżona lub podobna do cen ofert innych wykonawców może być uznana za rażąco niska, jeżeli po stronie tego wykonawcy brak jest przesłanek, które uzasadniałyby jej skalkulowanie na takim niskim poziomie.

Przepisy ustawy Pzp nie tylko nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, ale także nie zawierają wskazówek, co do sposobu udowadniania braku jej zaistnienia. Sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny musi być poprzedzona przez zamawiającego zwróceniem się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie i zakresie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Postępowanie z art. 90 ust. 1 ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy i ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie.

Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego wówczas, gdy powźmiemy wątpliwość co do tego, czy cena wskazana w ofercie może pokryć realnie wszystkie koszty związane z wykonaniem danego zamówienia, czyli czy nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do samej procedury wezwania wskazać należy za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r sygn. akt V Ga 122/10 iż 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. Wykonawca aby wątpliwości

zamawiającego w tym zakresie rozwiać musi wiedzieć, które to elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia.

Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji aby ten domyślał się które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował, albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo zanalizuje każdą pozycję cenową oferty.

Tym samym brak wskazania jakie pozycje kalkulacji ceny oferty wymagają według zamawiającego wyjaśnień, nie mogą być uznane za obowiązek wykonawcy do szczegółowego udzielenia wyjaśnień co do pozycji kosztorysowych całości oferty.

W takiej sytuacji brak szczegółowego odniesienia się wykonawcy do kwestii nie objętych pytaniami zamawiającego nie może prowadzić do uznania, że złożona oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, gdyż udzielone wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe.

Podobnie jak wynika to z ww. wyroku sądu w Olsztynie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt. C-599/10) w sprawie wniosku o interpretację art. 2 (zasada równości), art. 51 (wezwanie do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów) i art. 55 (wyjaśnienie rażąco niskiej ceny) dyrektywy 2004/18/WE, który stwierdził, że w zakresie weryfikacji składowych elementów ofert odnoszących się do wysokości wskazanej ceny, że dla wykazania czy oferta wykonawcy *„jest poważna, to instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty”*.

Tym samym zasadne jest stwierdzenie iż niezależnie od formy wynagrodzenia za wykonanie zamówienia zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek dokładnego sprecyzowania w wezwaniu które elementy wyceny oferty wzbudziły jego wątpliwość, wskazując tym samym wykonawcy zakres elementów treści oferty które podlegają wyjaśnieniu. Wobec powyższego za wyrokiem KIO z dnia 22 stycznia 2013 r sygn. akt 2295/12 należy stwierdzić, że zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy wyjaśnień tylko do tych elementów oferty, o które wprost w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, wykonawcę zapytał.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy wskazać należy, że zamawiający pismem z dnia 31 maja 2013r. wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień elementów oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie zastosowanych stawek VAT, a także przedstawienia szczegółowej analizy finansowej oferty. Tym samym, zdaniem Izby po analizie treści ww. wezwania należy stwierdzić, że tylko wezwanie w zakresie przyjętych stawek podatku VAT należy uznać za konkretne pytanie wskazujące na kwestie co do której zamawiający oczekuje szczegółowych wyjaśnień. Takiej roli nie spełnia zdaniem Izby sformułowanie pytania co analizy finansowej oferty, gdyż jest to pytanie sformułowane w sposób zbyt ogólny.

Odwołujący w zakresie rażąco niskiej ceny oferty L.S. MED. Sp. z o.o postawił zarzut o treści zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny wskazanej w ofercie oraz zarzut, że wykonawca ten „nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny”.

Dokonując oceny tak postawionego zarzutu - w świetle powyższych ustaleń w ramach których następuje merytoryczna ocena zasadności podniesionego zarzutu, stwierdzić należy niezasadność tak postawionego zarzutu. Dokonując analizy treści pisma zamawiającego skierowanego przez zamawiającego do wykonawcy w zakresie potrzeby złożenia wyjaśnień co do podstaw zaoferowania w ofercie ceny o takiej wysokości, oraz odpowiedzi wykonawcy L.S. MED. Sp. z o.o w tym zakresie stwierdzić należy, że szczegółowość udzielonej odpowiedzi koresponduje ze szczegółowością pytań zamawiającego w tym zakresie. Przy tak sformułowanym pytaniu brak było podstawy do domagania się by wykonawca złożył bardziej szczegółowe wyjaśnienia. Ponadto wskazać należy, że pojęcie „szczegółowe wyjaśnienia” jest określeniem nieostrym i niedookreślonym, gdyż zawsze można oczekiwać wykazania czegoś w sposób jeszcze bardziej szczegółowy.

Tym samym nie można zarzucić wykonawcy- jak podniesiono w zarzucie, braku złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia zostały złożone, a ich stopień szczegółowości korespondował ze szczegółowością pytań zamawiającego zawartych w wezwaniu. Tym samym odnosząc się do powyższego wskazać należy, że ewentualnie zasadne w sprawie byłoby postawienie zarzutu o braku wezwania wykonawcy do złożenia odpowiednich wyjaśnień w zakresie ceny.

Nawiązując do treści podniesionego w tym zakresie zarzutu Izba podkreśla, że przepisy ustawy Pzp nakazują potrzebę ścisłego odczytywania zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12 gdzie wskazał, że *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie*

które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”.

Granice rozpoznania sprawy przez KIO są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnie wskazanej podstawie faktycznej. Rolą odwołującego podnoszącego dany zarzut jest precyzyjne uchwycenie i wykazanie kwestii która jego zdaniem wskazuje na naruszenie przepisów prawa przez zamawiającego. Ogólne sformułowanie zarzutu uniemożliwia jego uwzględnienie, gdyż Izba nie może wywodzić z tych ogólnych czy nieprecyzyjnych sformułowań domniemanej treści zarzutu, będącego w rzeczywistości istotnym w sprawie.

Stwierdzić należy, że KIO nie może orzekać o zasadności podniesionego ww. zarzutu, w którym odwołujący kwestionuje złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, - a w zasadzie ich brak, pomijając zupełnie fakt iż odrzucenie oferty z tego tytułu może nastąpić dopiero w oparciu o ocenę złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w oparciu o wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku braku prawidłowego wezwania wykonawcy w powyższym trybie nie może nastąpić odrzucenie oferty z powodu braku złożenia wyjaśnień, gdyż wyjaśnienia składa się w odpowiedzi na konkretne wezwanie zamawiającego.

Równocześnie należy wskazać, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 jest wezwaniem jednokrotnym co oznacza, że nie można wykonawcy pytać drugi raz o to samo, ale dotyczy to tylko sytuacji kiedy pytanie zostało sformułowane w sposób konkretny i precyzyjny, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Przy zarzucie dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty odwołujący zawarł nadto zarzut iż zaoferowanie takiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi równocześnie czyn nieuczciwej konkurencji. Jednakże z treści odwołania i stanowiska odwołującego nie wynika w oparciu o jakie przesłanki można by zaoferowana cenę przez L.S. MED. Sp. z o.o. uznać również za czyn nieuczciwej konkurencji. Izba stoi na stanowisku iż podobnie jak nie każda nieprawdziwa informacja podana w ofercie może być podstawą wykluczenia wykonawcy tak i nie każda zaoferowana nawet rażąca cena oferty może być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji. Powodem takiego założenia, jak to uznaje odwołujący nie może być przyjęcie jako zasady, że każde zaoferowanie niskiej ceny ma na celu utrudnianie dostępu do zamówienia innym wykonawcom, bądź ma na celu ich eliminację z rynku.

Fakt zaoferowania przez wykonawcę za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny w kwocie noszącej znamiona rażąco niskiej może być wynikiem różnych okoliczności, jak chociażby błędnego założenia co do zachowań rynku i cen towarów przez okres wykonywania

zamówienia. Takie zachowanie nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Dopiero niewątpliwe wykazanie przez odwołującego, że wykonawca kalkulując cenę oferty miał świadomość, że po pierwsze zaoferowana cena nie pokryje kosztów wykonania zamówienia i po drugie takiej kalkulacji dokonał celem uniemożliwienia podmiotom prawidłowo ustalającym poziom ceny, aby nie mogli wykonać tego zamówienia lub aby wyeliminować ich jako konkurentów z rynku. Dopiero wykazanie, że zniżenie ceny oferty było celowe lub nastąpiło subsydiowanie kosztów wykonania danego zamówienia z innej działalności wykonawcy, może wskazywać na nieuczciwe zachowanie uzasadniające odrzucenie jego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie wykonawca takich zależności nie wykazał. Tym samym zarzut ten nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

W zakresie zarzutu braku przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedza i doświadczenie, izba uznała, że zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w sprawie.

W myśl art. 26 ust. 2b wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Zgodnie z wymogiem ww. przepisu wykonawca przedstawił dowód zobowiązania Grupy LS Sp. z o.o. do udostępnienia zasobu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Miało ono formę pisemnego porozumienia. Grupa LS Sp. z o.o., którego wiedzą i doświadczeniem ma zamiar posłużyć się wybrany wykonawca realizował podobne zlecenia, zna warunki na jakich takie zlecenie jest świadczone, pozyskał doświadczenie w zakresie organizacji oraz sposobu wykonania takich usług. Posiadanie wiedzy i doświadczenia w powyższym zakresie przez podmiot udostępniający zostało potwierdzone także referencją wystawioną przez Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Otwocku, z której wynika, że usługi te zostały wykonane przez udostępniającego (spółkę matkę) w sposób należyty. W zawartym porozumieniu strony określiły w jaki sposób (stałe doradztwo i konsultacje) Grupa LS Sp. z o.o. udostępni LS MED. Sp. z o.o., swoje zasoby, a także to, że gwarantuje to udostępnienie przez cały czas realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania się przez wybranego wykonawcę posiadaniem odpowiedniego potencjału technicznego, odwołujący podniósł iż zamawiający po otwarciu ofert niewłaściwie odczytuje warunek udziału w postępowaniu, postawiony w pkt IV lit c pkt 3 SIWZ. Według postanowienia tego punktu SIWZ zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę maszyny do nakładania warstw polimerowych. Natomiast z analizy treści oferty nie wynika, iż wykonawca wykazał dysponowaniem takim urządzeniem. Wskazał, że odwołujący faktycznie zaoferował szereg urządzeń, które łącznie tę funkcję spełniają. Jednakże takie spełnienie nie spełnia postawionego przez zamawiającego

warunku, gdyż zaoferowane przez wykonawcę urządzenie o symbolu FM 400L nie ma właściwości do nakładania warstw polimerowych na powierzchnię podłogi.

Zamawiający i przystępujący odpowiadając na ten zarzut wskazali, że nie ma na rynku polskim takiego jednego urządzenia którym można by wykonać wszystkie czynności związane z wykonaniem powłok polimerowych.

Izba dokonując oceny podniesionego zarzutu stwierdza, że istotą tego warunku było to aby wykonawca dysponował zapleczem technicznym do wykonywania powłok polimerowych. Dla wykonania przedmiotowego zamówienia nie ma żadnego praktycznego znaczenia czy wykonywanie warstw polimerowych będzie wykonywane przy pomocy jednego urządzenia wielofunkcyjnego, czy też będzie wykonywane przy pomocy kilku urządzeń. Dlatego też odczytywanie tego warunku winno następować w znaczeniu funkcjonalnym, a nie wyłącznie formalnym. Wskazać należy ponadto, że odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował, że przy pomocy zaoferowanych urządzeń przez wykonawcę LS MED. Sp. z o.o jest możliwość wykonywania warstw polimerowych. Tym samym zarzut ten nie może zostać uwzględniony.

Pomimo oddalenia odwołania z przyczyn merytorycznych – nie potwierdzenia się w przedłożonych Izbie dowodach, a w szczególności w braku ich przedłożenia zasadności podniesionych zarzutów i oparcie argumentacji niemalże wyłącznie na poglądach w tym zakresie odwołującego, Izba zobowiązana była również odnieść się do zarzutu zarówno zamawiającego jak i przystępującego, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia.

W tym zakresie wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu przy rozpatrywaniu każdego odwołania zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówieni oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno-prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

W zakresie przedmiotowego odwołania zarówno zamawiający jak i przystępujący kwestionowali interes odwołującego we wniesieniu odwołania, podnosząc iż nawet w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący nie uzyska zamówienia gdyż cena jego oferty przewyższa kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Odwołujący ripostując wskazywał, że w zakresie interesu odwołującego na obecnym etapie postępowania brak jest podstaw do tego aby odbierać odwołującemu prawo do wykazania, że wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Ewentualna dalsza czynność zamawiającego w tym zakresie polegająca na unieważnieniu postępowania jest inną czynnością w postępowaniu i na obecnym etapie brak jest podstaw

do tego aby ta kwestia determinowała interes odwołującego we wnoszeniu środka ochrony prawnej.

W tym względzie zdaniem Izby należy się zgodzić z odwołującym, że czynność w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp następuje dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a więc na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący ma interes w domaganiu się ochrony prawnej. Unieważnienie postępowania jest bowiem dalszym etapem postępowania, od której to czynności również będą wykonawcom przysługiwały środki ochrony prawnej w postaci odwołania i ewentualnie skargi do sądu - podobnie SO w Opolu (sygn. II Ca 752/05).

Zwrócić należy jednak uwagę na fakt, że odwołujący wykazując istnienie przesłanki interesu we wniesieniu odwołania pominął fakt, że zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Analizując dotychczasowy stan faktyczny dotyczący przebiegu tego postępowania o udzielenie zamówienia wskazać należy, że pierwsze postępowanie w zakresie tego przedmiotu zamówienia zostało przez zamawiającego unieważnione gdyż cena wskazana w poszczególnych ofertach przewyższała kwotę jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowania zamówienia. W trakcie ustalania przez Izbę czy istnieją możliwości zwiększenia przez zamawiającego kwoty na sfinansowanie tego zamówienia, zamawiający oświadczył, że brak jest takiej możliwości. Wynika to przede wszystkim z faktu, że kwota ta została w sposób szczegółowy ustalona na etapie przygotowywania zamówienia w oparciu o wyliczenie kosztów dotychczas ponoszonych przez zamawiającego na realizację zadań objętych tym postępowaniem. Gdyby zamawiający zwiększył kwotę na realizację zamówienia to byłoby to działanie bezcelowe ponieważ kwota ta byłaby wyższa niż obecnie koszty zamawiającego ponoszone na wykonanie robót o których mowa w przedmiotowym zamówieniu. Celem zamawiającego jest obniżenie tej kwoty a nie jej zwiększenie. Tym samym z ekonomicznego punktu widzenia zamawiający kwoty tej nie może zwiększyć,

ponadto stwierdził, że zamawiający nie musi udzielić tego zamówienia. Jeśli nie zostanie wybrany wykonawca, który zaoferuje kwotę niższą od kosztów dotychczas ponoszonych to zamawiający będzie wykonywał zadania objęte przedmiotowym zamówieniem tak jak dotychczas poprzez zatrudnionych pracowników szpitali.

Biorąc pod uwagę powyższe uwarunkowania Izba uznaje za udowodnione iż zamawiający nie będzie miał możliwości w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania wykluczenia odwołującego bądź odrzucenia jego oferty, udzielić przedmiotowego zamówienia odwołującemu, lecz nastąpi unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto brak możliwości uzyskania przez odwołującego zamówienia i tym samym poniesienia szkody nie będzie spowodowane naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co jest warunkiem koniecznym dla wykazania przez wykonawcę kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art.179 ust.1 ustawy Pzp, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego – jak już wyżej wskazano – możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym- podobnie wyroki KIO o sygn. akt 1025/13 i KIO 1047/13 z dnia 15 maja 2013 r.

Tym samym również z powodu nie wykazania spełnienia przez odwołującego przesłanek o których mowa w art. 179 ust 1 ustawy Pzp odwołanie podlega oddaleniu.

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 lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

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