

**Sygn. akt KIO/UZP 1506/09,**

**KIO/UZO 1521/09**

**WYROK**

**z dnia 11 grudnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Luiza Łamejko  
Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 grudnia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **27 listopada 2009 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

**A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „JANTAR” Sp. z o.o., Era Sp. z o.o., adres dla lidera: ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk,**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „JANTAR” Sp. z o.o., Era Sp. z o.o., adres dla lidera: ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Powiatowy im. A. Sokołowskiego, ul. Szpitalna 28, 77-400 Złotów** protestów:

**A. Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków z dnia 16 września 2009 r.,**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „JANTAR” Sp. z o.o., Era Sp. z o.o., adres dla lidera: ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk z dnia 15 września 2009 r.,**

przy udziale wykonawcy **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1506/09,

**orzeka:**

**1. Oddala oba odwołania.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „JANTAR” Sp. z o.o., Era Sp. z o.o., adres dla lidera: ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 974 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset siedemdziesiąt cztery złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „JANTAR” Sp. z o.o., Era Sp. z o.o., adres dla lidera: ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **27 026 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „JANTAR” Sp. z o.o., Era Sp. z o.o., adres dla lidera: ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk.**

**U z a s a d n i e**

Zamawiający - Szpital Powiatowy im. A. Sokołowskiego w Złotowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości oddziałów szpitalnych oraz transportu wewnątrzszpitalnego.

Pismem z 9 września 2009r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KSM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Klüh Clinic Sernice GmbH z siedzibą w Düsseldorf (dalej: Konsorcjum KSM) oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Spółdzielnię

Inwalidów „Naprzód” z siedzibą w Krakowie z na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z powodu niewłaściwego oszacowania (zaniżenia) ceny za usługę utrzymania czystości.

**Sygn. akt KIO/UZP 1506/09:**

Pismem z 16 września 2009 r. (faks tego dnia) Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” wniosła protest, w którym wskazała na naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wniosła o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uchylenia czynności odrzucenia jej oferty, odrzucenia ofert Konsorcjum KSM oraz Konsorcjum Jantar oraz ponowienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu wskazała, że zamawiający bezprawnie odrzucił jej ofertę, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazuje badać cenę całej oferty w stosunku do całego przedmiotu zamówienia a nie jej elementy składowe.

Protestujący podniósł, że oferty złożone przez Konsorcjum KSM oraz Konsorcjum Jantar są niezgodne z siwz, gdyż nie oferują wszystkich wymaganych środków wymaganych do wykonania usługi oraz wymaganych dokumentów, nadto część oferowanych preparatów nie posiada właściwości wymaganych przez zamawiającego.

W wyniku powiadomienia dokonanego 18 września 2009 r. w trybie Konsorcjum Jantar pismem z 21 września 2009 r. (faks z tej daty) w odniesieniu do protestu Naprzód.

Zamawiający pismem z dnia 24 września 2009 r. (przekazanym 25 września za pośrednictwem faksu) uwzględnił protest wniesiony przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód . Zapowiedział dokonanie ponownej oceny ofert w uwzględnieniem oferty Spółdzielnię Inwalidów Naprzód.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem zamawiającego Konsorcjum Jantar 5 października 2009 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego, oraz dochowując wymogu przekazania kopii odwołania zamawiającemu, wniosło odwołanie. Odwołujący się podtrzymał zarzuty podniesione w przystąpieniu do postępowania tocznego się w wyniku wniesienia protestu – naruszenia art. 7, art. 89 ust. 1, 3, 4, 8 art. 90 ust. 1 -3 Pzp oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wniósł o nakazanie zamawiającemu wykluczenia Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód”, ewentualnie odrzucenia złożonej przez nią oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty. Odwołujący się popierając twierdzenie o zaferowaniu przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” podniósł jednocześnie, że Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” zawyżyła cenę za usługę transportu wewnątrzszpitalnego, w związku ze

zwolnieniem tej usługi z podatku VAT i jednocześnie zaniżyła cenę za sprzątnięcie - usługę objętą VAT 22%. Stanowi to nie tylko przestępstwo lub wykroczenie skarbowe, określone w art. 56 i 76 ustawy Kodeks karny skarbowy, ale powoduje również uzyskanie niższej ceny za brutto za całość zamówienia. Działanie Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przychylił się do zarzutów podniesionych przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” względem Konsorcjum KSM oraz wskazał, że Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” nie miała na etapie protestu interesu prawnego w kwestionowaniu oferty odwołującego się, który złożył ofertę mniej korzystną. Wskazał jednak, że dokumenty, które winne być dołączone do wykazu środków dezynfekcyjnych podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” 26 października 2009 r. (pismo z 23 października 2009 r.), z zachowaniem przesłanek ustawowych, zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego opowiadając się po stronie zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania.

**Sygn. akt KIO/UZP 1521/09:**

Konsorcjum Jantar wniosło odwołanie poprzedzone wniesionym przez siebie protestem. Odwołujący się zarzucając naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 -3 Pzp wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum KSM i wybór oferty najkorzystniejszej. Wywiódł, że wyjaśnienia uzyskane od Konsorcjum KSM w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie zawierają wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, że samo stwierdzenie o wykonywaniu prac przy udziale osób niepełnosprawnych nie umożliwia weryfikacji ponoszonych kosztów. Odwołujący się zarzucił również, że Konsorcjum KSM w sposób nieuprawniony zawyżyło cenę za usługi transportu wewnętrznego, co umożliwiło uzyskanie niższej ceny brutto za przedmiot zamówienia, a w związku ze zwolnieniem tej usługi z podatku VAT może nosić znamiona przestępstwa skarbowego. Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest pismem z 15 września 2009 r. (*presentata* zamawiającego 18 września 2009 r.). odwołanie 8 października 2009 r. (pismem z tego dnia) za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego.

Zamawiający pismem z 28 października 2009 r. uwzględnił protest konsorcjum Jantar w części dotyczącej dokonania ponownej oceny ofert i w tej dacie poinformował o rozstrzygnięciu.

Izba postanowiła nie odrzucać odwołania (sygn. akt. KIO/UZP 1506/09) z powodu podniesienia w nim dodatkowych zarzutów przeciwko ofercie Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania.

W przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu odwołujący się podnosił nowe okoliczności faktyczne i prawne, kontynuowane w formie zarzutów odwołania. *De lege lata* postępowanie odwoławcze stanowi kontynuację postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu – zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w proteście. Zatem w stosunku do oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” Izba może badać zarzut dotyczący odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na fakt zaoferowania usługi utrzymania czystości w szpitalu za cenę nieadekwatną do przedmiotu zamówienia (zaniżoną). Wskazać też należy, że zgodnie z art. 181 ust. 5 Pzp zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zawiera stanowisko wykonawcy odnośnie zarzutów protestu, nie może zatem kreować zarzutów nowych (*arg. a contrario*). W ocenie Izby, odwołujący się uchybił terminowi na wniesienie protestu, w którym mógłby podnieść zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1, 3 i 8 Pzp i podjął próbę usunięcia skutków swego zaniechania zamieszczając zarzuty w treści przystąpienia. Działanie takie zmierza do obejścia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazujących zawite terminy na podnoszenie zarzutów wobec czynności oraz zaniechań zamawiającego i jest niedopuszczalne.

Izba uznała natomiast, że rozpoznaniu podlega zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Jantar. Przede wszystkim stwierdzić należy, że literalne rozstrzygnięcie protestu godzi w interes prawny odwołującego się.

Wskazać należy, po pierwsze, że art. 179 ust. 1 Pzp materialnoprawną przesłankę interesu prawnego nakazuje odnosić do środka ochrony prawnej, jako pewnej całości. Chybione zatem wydaje się być, co do zasady, wielokrotne badanie interesu prawnego na etapie rozprawy w odniesieniu do każdego z podniesionych zarzutów. Po drugie: za dopuszczalnością kwestionowania na etapie protestu oferty mniej korzystnej od oferty protestującego wykonawcy przemawia, tak sygnalizacyjno - reklamacyjna funkcja protestu, który ma umożliwić zamawiającemu szybką korektę popełnionych uchybień, jak i prowsólnotowa wykładnia art. 179 ust. 1 Pzp dokonywana z perspektywy celu wnoszenia środków prawnych - zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego niezagrażonej

sankcją nieważności, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny *sensu largo*).

Po trzecie: zarzuty podniesione przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” wobec ofert odwołującego się i Konsorcjum KSM są rodzajowo podobne, odnoszą się do pominięcia wymaganych dokumentów oraz zaoferowania preparatów nie odpowiadających wymaganiom zamawiającego. W ocenie Izby rozpoznanie zarzutów jedynie wobec oferty Konsorcjum KSM z pominięciem oferty odwołującego się, jedynie z tego powodu, że jest ona mniej korzystna od oferty wykonawcy, który protest wniósł, naruszałoby art. 7 ust. 1 Pzp.

**Rozpatrując odwołanie w granicach określonych zarzutami protestu na podstawie dowodów ze znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania protokołu ZP-1, siwz z załącznikami, pytań wykonawców związanych z treścią siwz oraz odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego, ofert Konsorcjum KSM, Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” oraz w wyniku rozważenia stanowisk stron i uczestnika postępowania (sygn. akt KIO/UZP 1506/09) Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 czerwca 2009 r. pod numerem 2009/S 112 – 161774.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Wobec ustalenia w rozdziale XVII siwz ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert, na etapie protestu dla zapewnienia sobie możliwości uzyskania zamówienia wystarczające było, wobec odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” podniesienie przez odwołującego się zarzutów przeciwko, uznanej za najkorzystniejszą, ofercie Konsorcjum KSM. Natomiast na etapie postępowania odwoławczego odwołujący się dąży do zapewnienia sobie możliwości uzyskania zamówienia kontynuując zarzuty podniesione w proteście oraz składając odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przywracającego Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” do postępowania oraz podważające zgodność oferty odwołującego się z treścią siwz. Potwierdzenie zarzutów odwołań da odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia. Interes prawny wykonawcy winien być badany w odniesieniu do całości postępowania odwoławczego.

**Sygn. akt KIO/UZP 1506/09:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne dotyczące braków wskazanych w ofercie odwołującego się są bezsporne między stronami.

Odwołujący się złożył ofertę, w której pominięte zostały: karty charakterystyki dla preparatów Desam Extra, Savo Prim, Chloramix DT, ulotki większości środków do dezynfekcji, deklaracje CE dla oferowanych produktów medycznych oraz pozwolenie Ministra Zdrowia na środek biobójczy Virkon. Odwołujący się załączył do oferty nieaktualne karty charakterystyki dla preparatów Desprej i Desam OX.

Odwołujący się nie wskazał w złożonym wykazie: środków do dezynsekcji palników, środka do mycia naczyń, środków myjących do utrzymania czystości wykładzin dywanowych oraz środków do mycia i nabłyszczania naczyń w zmywarkach.

Ujęte w wykazie odwołującego się preparaty Desprej oraz Incidur nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego stawianym preparatom alkoholowym przeznaczonym do szybkiej dezynfekcji małych powierzchni i miejsc trudnodostępnych. Odwołujący się nie zaoferował środka chlorowego, który działałby na *Clostridium difficile* w 15 min oraz środka doprania *verticalis* i środka do czyszczenia sprzętu RTV.

Istotę sporu stanowi ustalenie, czy oferta odwołującego się odpowiada treści siwz tzn., czy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Od tego bowiem uzależniona jest możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, na co wskazuje odwołujący się. Jest to tym bardziej istotne, że zamawiający rozstrzygając protest uznał zarzut niezgodności oferty odwołującego się z siwz, tymczasem na rozprawie oświadczył, że po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu zamierzał dokonać wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W celu Izba dokonała kwalifikacji prawnej omówionych braków w ofercie odwołującego się.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że zamawiający w siwz nie wymagał złożenia wykazu preparatów niezbędnych do wykonania zamówienia. W zał nr 4 do siwz ustanowił natomiast wymogi szczególne dotyczące utrzymania w czystości pomieszczeń szpitalnych.

Wskutek pytań zadawanych przez wykonawców zamawiający w toku postępowania doprecyzowywał wymagania odnośnie preparatów służących realizacji poszczególnych czynności objętych przedmiotem zamówienia.

W odpowiedziach z 1 lipca 2009 r. zamawiający wskazał, że oczekuje zaoferowania preparatu do szybkiej dezynfekcji małych powierzchni i miejsc trudnodostępnych o spektrum działania B, Tbc, F, V (HBV, HIV, Rota, Adeno, Vakzina, Papowa) – do 10 minut, nie zawierającego w swoim składzie pochodnych fenolowych, QAV i aldehydów oraz preparatu chlorowego, który oprócz działania na B, F, V, TBC będzie działał również na *Clostridium difficile*. Zamawiający oczekiwał od wykonawców zakupu środków chemicznych do zmywarek: płynu do mycia naczyń i nabłyszczania (odpowiedzi 8 i 17 lipca 2009).

W odpowiedzi nr 2 z 17 lipca 2009 r. zamawiający wymagał dołączenia do oferty wykazu środków wraz z dokumentami. W odpowiedzi nr 3 z 30 lipca 2009 r. zamawiający uściślił, że wymaga dołączenia do oferty wykazu środków myjących, konserwujących i dezynfekcyjnych, przy czym (odpowiedź nr 2 z 30 lipca 2009 r.) do wykazu środków dezynfekcyjnych wymagał dołączenia: deklaracji zgodności CE (w odniesieniu do wyrobów medycznych), pozwolenia na obrót produktem biobójczym (w odniesieniu do preparatów zarejestrowanych jako produkt biobójczy), ulotki, karty charakterystyki substancji niebezpiecznej oraz, na pisemne żądanie zamawiającego,, uzupełnienia dokumentacji potwierdzającej spektrum działania mikrobójczego.

Nie budzi wątpliwości Izby, że deklaracje zgodności CE wyrobów medycznych, pozwolenia wydane przez Ministra Zdrowia na obrót produktem biobójczym, ulotki, karty charakterystyki substancji niebezpiecznej stanowią dokumenty o charakterze przedmiotowym – potwierdzające, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego, których zamawiający zażądał na podstawie § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 188, poz. 1155).

Środki chemiczne używane przy wykonywaniu usług objętych przedmiotem zamówienia uznać natomiast należy za element treści oferty.

Brak jest podstaw do uznania wykazu środków dezynfekcyjnych, myjących i czyszczących za wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca (o którym stanowi § 1 ust. 2 pkt 3 przywołanego rozporządzenia) dokumentu potwierdzającego spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Pogląd taki nie znajduje oparcia w siwz. § 1 ust. 2 *in initio* przywołanego rozporządzenia, dopuszcza żądanie dokumentów wchodzących do zamkniętego katalogu dokumentów podmiotowych, jedynie zamawiający opisał warunek, który ma znaleźć potwierdzenie w złożonych dokumentach. Wobec braku opisu warunku w zakresie posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, uznanie wykazów za dokumenty o charakterze podmiotowym stanowiłoby naruszenie prawa. Uznać należy, że wymagane przez zamawiającego wykazy środków, stanowią podstawę do domagania się przez zamawiającego realizacji usługi sprzątnięcia w określony sposób, za pomocą zindywidualizowanych środków dezynfekcyjnych, czyszczących i myjących. Stanowią zatem treść zobowiązania wykonawcy, w rozumieniu z art. 354 § 1 k.c., do wykonania świadczenia w określony sposób.

Odnosząc poczynione ustalenia do zarzutów odwołania, przyjęć należy, że:



1. karty charakterystyki dla preparatów Desam Extra, Savo Prim, Chloramix DT, ulotki środków do dezynfekcji oraz CE, pozwolenia Ministra Zdrowia na preparat biobójczy Virkon, karty charakterystyki dla preparatów Desprej i Desam OX stanowią dokumenty o charakterze przedmiotowym i mogłyby zostać uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp;
2. brak spełniania przez preparaty Desprej oraz Incidur wymagań zamawiającego w zakresie składu, zakresu i czasu działania na wymienione wirusy oraz zbyt krótki czas działania preparatu chlorowego na *clostridium difficile* stanowi niezgodność treści oferty z treścią siwz;
3. brak zaoferowania środków do dezynsekcji palników, środka do mycia naczyń, środków myjących do utrzymania czystości wykładzin dywanowych, środków do mycia i nabłyszczania naczyń w zmywarkach oraz środka do prania verticali i środka do czyszczenia sprzętu RTV, stanowią niezgodność oferty z treścią siwz.

Niezgodność treści oferty oferty odwołującego się z treścią siwz ma charakter nieusuwalny i, w okolicznościach, sporu powoduje konieczność odrzucenia oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Specyfika przedmiotu zamówienia – fakt że utrzymanie właściwych standardów czystości ma w szpitalu szczególne znaczenie przemawia przeciwko uznaniu zaoferowania preparatów o właściwościach nie spełniających oczekiwań zamawiającego lub pominięcia preparatów niezbędnych do prawidłowej, całościowej realizacji przedmiotu zamówienia za uchybienie w treści oferty podlegające konwalidacji w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wydaje się to zresztą być bezsporne między stronami, skoro ani zamawiający, ani odwołujący się nie wskazali na tę ewentualność.

Dokonane ustalenie, że oferta odwołującego się podlega odrzuceniu, powoduje, że możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp upada. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów chyba, że zaistnieje jedna z dwóch przesłanek: oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub postępowanie podlega unieważnieniu. Skoro oferta odwołującego się podlega odrzuceniu dokonanie wezwania jest nieuprawnione. Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp a w celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców, winien wywiedzioną przez Izbę interpretację siwz zastosować w odniesieniu do wszystkich ofert podlegających ponownemu badaniu i ocenie. Wywiedziona ocena prawna odnosi się w szczególności do oferty Konsorcjum KSM, gdyż mimo że zamawiający rozstrzygając protest uznał podniesione zarzuty dotyczące niezgodności oferty Konsorcjum KSM z siwz, to jednak na rozprawie oświadczył, że ma zamiar skorzystać z art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający prawidłowo uznał w rozstrzygnięciu protestu, że oferta Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” nie oferuje ceny rażąco niskiej i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przywołany przepis obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Punkt odniesienia stanowi zatem ustalona przez zamawiającego z należytą starannością wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na podstawie kalkulacji kosztów dotychczasowo wykonywanych usług. Nie ma podstaw do przyjęcia, aby wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana nieprawidłowo. Zgodnie z protokołem ZP-1 zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 1.853.299 zł, natomiast na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 66.000 zł brutto miesięcznie oraz 2.376.000 zł brutto w okresie 36 miesięcy. Najbardziej zbliżone cenowo oferty złożyli:

1. Konsorcjum KSM z najniższą ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia w okresie 36 miesięcy – 2.044.800 zł brutto, miesięczny koszt wykonania usługi – 56.800 zł brutto;
2. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” z ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia w okresie 36 miesięcy – 2.045.952 zł brutto, miesięczny koszt wykonania usługi – 56.832 zł;
3. odwołujący się, który zażądał za wykonanie przedmiotu zamówienia w okresie 36 miesięcy – 2.443.924, 59 zł brutto, miesięczny koszt wykonania usługi – 67.886, 79 zł brutto.

W ocenie Izby cena oferowana przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” nie jest rażąco niska. Świadczy o tym, tak odniesienie do wartości przedmiotu zamówienia jak i do średniej ceny ofert złożonych przez wykonawców oferujących najbardziej zbliżoną cenę (Konsorcjum KSM i odwołującego się). W okolicznościach sprawy niezasadne jest kwestionowanie całości ceny oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” i brak jest podstaw do dokonywania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Podnieść należy dodatkowo, że analiza treści pisma z 2 września 2009 r., w którym zamawiający dokonał wezwania wskazuje, że wątpliwości zamawiającego nie wzbudziła wysokość ceny oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” jako całości a jedynie jeden z jej elementów t.j. wysokość ceny za utrzymanie czystości. Niedoszacowanie jednego z elementów oferty mogłoby wskazywać na błędną kalkulację ceny oferty i w konsekwencji możliwość zaistnienia ceny rażąco niskiej w sytuacji, gdy ma on przeważające znaczenie dla ceny ofertowej a cena pozostałych elementów oferty została skalkulowana prawidłowo i nie

może kompensować ewentualnego zaniżenia wartości. W tym miejscu wskazać należy, że wyodrębnienie w toku postępowania w formularzu oferty usługi utrzymania czystości oraz usługi utrzymania transportu wewnątrzszpitalnego nastąpiło wyłącznie ze względów podatkowych, co mogło mieć wpływ podziału ceny brutto oferty na ceny dwóch usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

Wobec ustalenia, że brak jest podstaw do uznania, że Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” zaoferowała cenę nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, jedynie posiłkowo należy wskazać, że złożyła ona wymagane przez zamawiającego wyjaśnienia, odnoszące się do ceny oferty jako całości, zawierające tak podstawy kalkulacji ceny oferty w ujęciu wartościowym, jak i wskazanie na obiektywny, w rozumieniu art. 90 ust. 2 Pzp, czynnik uzasadniający wysokość oferowanej oceny - posiadanie statusu zakładu pracy chronionej.

### **Sygn. akt KIO/UZP 1521/09:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W badanej sprawie istotne są: ustalenie, czy zamawiający zobowiązany był do wystąpienia do Konsorcjum KSM o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i ocena pisma zamawiającego z 2 września 2008 r. zawierającego żądanie wyjaśnień. Z prawidłowym dokonaniem wezwania związane są bowiem doniosłe konsekwencje prawne.

Art. 90 ust. 1 Pzp przewiduje zwrócenie się przez zamawiającego w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustanowiony w przywołanym przepisie obowiązek zamawiającego zmierzający do ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, aktualizuje się w razie powstania wątpliwości co do prawidłowej kalkulacji ceny oferty, jej adekwatności do przedmiotu zamówienia. Z wykładni literalnej art. 90 ust. 1 Pzp potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynności wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wielokrotnie w doktrynie podnoszono, że brak jest jednoznacznego ustalenia, jaka różnica cenowa wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, a ze stanowiska orzecznictwa wynikają daleko idące różnice w tym względzie. W ocenie Izby obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy cenowe oferty, pojawia się, co do zasady, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia, co wynika z doświadczeń państw europejskich

(*vide*: G. Wicik, P. Wiśniewski w Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck. Warszawa 2007, str. 467).

Bez potrzeby ponownego przywoływania wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz cen ofert najbardziej zbliżonych wartością wskazać należy, że różnica między ceną oferty Konsorcjum KSM a powiększona o podatek VAT szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia (kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia) poddaje w wątpliwość celowość dokonanej przez zamawiającego czynności wezwania.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień stanowi oświadczenie woli zamawiającego, a jego wykładnia podlega regułom interpretacyjnym wynikającym z kodeksu cywilnego (art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp). Analiza treści wezwania pozwala na ustalenie, że wątpliwości zamawiającego wzbudziła nie tyle wysokość ceny oferty w rozumieniu art. 2 pkt 1 Pzp, ile wartość elementów składowych oferowanej ceny: t.j. ceny za utrzymanie czystości oraz ceny za usługę transportu wewnątrzszpitalnego. Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego (mającym oparcie w aktach sprawy) zamawiający początkowo przewidywał w formularzu ofertowym jedną, niepodzielną cenę za świadczenie całości usługi objętej przedmiotem zamówienia. Rozbicia na przywołane wyżej dwie usługi zamawiający dokonał ze względów podatkowych na wniosek odwołującego się. Usłudze utrzymania czystości przypisana jest podstawową stawką podatku od towarów i usług – 22 %, natomiast usługa transportu wewnątrzszpitalnego korzysta ze zwolnienia podatkowego.

W postępowaniu wystąpiły znaczne różnice w szacunkach dwóch wyodrębnionych usług.

Konsorcjum KSM miesięczny koszt wykonania usługi oszacowało na kwotę 56.800 zł brutto, z czego usługa utrzymania czystości ma wartość netto: 27.600 zł, brutto: 33.672, natomiast wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego wynosi netto/brutto: 23.128 zł.

Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” oszacowała miesięczny koszt wykonania usługi na kwotę 56.832 zł brutto, z czego wartość usługi utrzymania czystości wynosi 5.600 zł netto, 6.832 zł brutto, zaś usługi transportu wewnątrzszpitalnego - 50.000 zł netto/brutto

Odwołujący się oszacował miesięczny koszt wykonania usługi na kwotę 67.886, 79 zł brutto, w której usługa utrzymania czystości ma wartość 40. 114, 11 zł netto, 48.939,21 brutto, zaś usługa transportu wewnątrzszpitalnego netto/brutto 18.947, 58 zł.

Wykonawcy oferując miesięczną cenę na zbliżonym poziomie różnią się w zakresie ustalenia podstawy opodatkowania podatkiem VAT – wartości netto obu wykazywanych usług.

Treść wezwania skierowanego do odwołującego się oraz do Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” prowadzi do konkluzji, że niepokój zamawiającego wzbudziła nie wysokość ceny oferty a wartości poszczególnych usług składających się na cenę oferty. Wezwanie zamawiającego

nie dotyczyło w istocie wysokości zaoferowanej przez Konsorcjum KSM ceny a ustalenia podstaw kalkulacji. Izba ocenia (zwłaszcza, że odwołanie nie kwestionuje ceny a jedynie wyjaśnienia), iż brak jest podstaw do przyjęcia, że konsorcjum KSM zaoferowało cenę rażąco niską.

W ocenie Izby brak jest również podstaw do przyjęcia, że sposób kalkulacji ceny oferty stanowi, w okolicznościach sprawy, czyn nieuczciwej konkurencji. Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaistnienie podstawy odrzucenia oferty wymaga, co potwierdza stanowisko doktryny i orzecznictwa, wykazania zaistnienia czynu określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wprawdzie przywołany przepis zawiera otwarty (taksatywny) katalog działań noszących znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, jednak odwołujący się nie wykazał (mimo, że na nim stosownie do art. 188 ust. 1 Pzp spoczywa ciężar dowodu, gdyż on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci odrzucenia oferty Konsorcjum KSM) na czym polegać miałyby nieuczciwa praktyka konkurencyjna Konsorcjum KSM. Brak jest podstaw do przyjęcia, że sposób kalkulacji obu usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia umożliwił uznanie oferty Konsorcjum KSM za najkorzystniejszą, skoro cena była jedynym kryterium oceny ofert, a wysokość ceny ofertowej brutto nie została zakwestionowana. Dodać należy, że analiza katalogu zawartego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie pozwala na uznanie któregośkolwiek z nich za adekwatny do stanu faktycznego badanego postępowania. W szczególności, z przyczyn podanych wyżej, brak jest podstaw do uznania, że dostęp odwołującego się do rynku został ograniczony.

Ustawowym obowiązkiem Izby jest rozpatrywanie odwołań od rozstrzygnięć protestów, czyli ocena czynności lub zaniechań dokonania czynności przez zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (arg. z art. 180 ust. 1 oraz art. 184 ust. 1 Pzp). Wyniki postępowania dowodowego, nie pozwalają na przyjęcie, iż zaistniało nieprawidłowe oszacowanie ceny brutto całości oferty. W ocenie Izby mogło mieć natomiast nieprawidłowy podział właściwie obliczonej łącznej ceny ofert brutto między cenę usługi utrzymania w czystości oraz usługę transportu wewnątrzszpitalnego, co może wywierać wpływ na poziom zysku wykonawcy oraz na wysokość odprowadzonego podatku. W zakresie kognicji Izby nie mieści się samoistne ustalanie prawidłowości przyjęcia podstaw opodatkowania podatkiem od towarów i usług.

Reasumując stwierdzić należy, że nie potwierdził się zarzut zaoferowania przez Konsorcjum KSM ceny rażąco niskiej oraz dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach na podstawie art. 191 ustawa Prawo zamówień publicznych. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....