

Sygn. akt: KIO 983/13

## WYROK

z dnia 13 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Sevice „Company” sp. z o. o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Sp. z o.o., ul. Poznańska 125a, 63-300 Pleszew,

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Clar System SA, Hospital System Sp. z o.o., ul. Janickiego 20b, 60-542, Poznań, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

### **orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Clar System SA, Hospital System Sp. z o.o. z Poznania, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Clar System SA, Hospital System Sp. z o.o. z Poznania na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i ponowne badanie oraz ocenę ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Sp. z o.o., ul. Poznańska 125a, 63-300 Pleszew i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Sevice „Company” sp. z o. o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Sp. z o.o., ul. Poznańska 125a, 63-300 Pleszew, na rzecz Odwołującego – Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Sevice „Company” sp. z o. o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Kaliszu**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [ dalej ustawa Pzp] przez Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Sp. z o.o. [Zamawiający]. Przedmiotem zamówienia są „Usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu, zapewnienia transportu wewnętrznego oraz otwierania i zamykania szpitala”. Zdaniem, wnoszących odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Sevice „Company” sp. z o. o. sp. k. z Wrocławia [Odwołujący] w tym postępowaniu naruszony został art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i art. 91 ust 1 ustawy Pzp, a także art. 44 ust 3 i 4 ustawy o finansach publicznych i art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp. Odnośnie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że naruszona została zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp, Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm Clar System S.A. oraz Hospital System sp. z o. o. z Poznania [Konsorcjum Clar], uznając za najkorzystniejszą ofertę tego wykonawcy, pomimo że ta oferta zawiera rażąco niską cenę, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a jej treść w sposób istotny jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odnośnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stwierdził, że Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum Clar do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w konsekwencji naruszył art. 91 ust 1 ustawy Pzp, dokonując wyboru oferty tego Konsorcjum. Odnośnie art. 44 ust 3 i 4 ustawy o finansach publicznych Odwołujący wskazał na wydatkowanie środków publicznych w sposób niezgodny z ustawą prawo zamówień publicznych i w efekcie w sposób zaprzeczający zasadzie legitymizmu, a w przypadku art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp wskazał na bezprawne zachowanie Zamawiającego, mające na celu obejście ustawy. W związku z powyższymi zarzutami wniósł o uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Clar, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Clar na podstawie przepisu art. 89

ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy Pzp i ewentualnie, gdyby Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty wybranego wykonawcy o nakazanie Zamawiającemu wezwania tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert a także dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego. W uzasadnieniu odwołania, powołując się na orzecznictwo, wykonawca stwierdził, że cena zaoferowane przez Konsorcjum Clar znacznie odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, jak również od cen pozostałych ofert złożonych w Postępowaniu. Wybrany wykonawca zaoferował, bowiem realizację zamówienia za kwotę 2.147.617,20 brutto zł, podczas, gdy Zamawiający przewidział na realizację usługi kwotę 2.900.000,00 zł brutto. Wskazał jednocześnie, że Odwołujący złożył ofertę z ceną 2.818.434,86 zł, a pozostali wykonawcy kolejno: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód i IZAŃ+ sp. z o. o. - 3.131.993,92 zł, DGP Clean Partner sp. z o. o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o. o., PU GOS-ZEC sp. z o. o. - 3.309.988,13 zł, L.S. Med. Sp. z o. o. - 3.332.334,46 zł. Podkreślił, że cena oferty wybranego wykonawcy odbiega od kolejnej oferty o 24 % (różnica o 670.817,66 zł - przy wartości 3 letniego zamówienia na poziomie 2.9 mln zł. Odwołujący podniósł również, że oferta wybranego wykonawcy nie zawiera informacji, w tym kalkulacji, pozwalających przyjąć, że zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne lub, że znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. Jego zdaniem, w ustalonym stanie faktycznym sprawy, dysproporcja w cenie oferty, która uznana została za najkorzystniejszą, zarówno względem szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia jak i rynkowych cen wykonania rzeczonych zamówień, stanowi podstawę dla wniosku, że jest to cena nierealistyczna, uniemożliwiająca w aktualnych warunkach gospodarczych realizację zamówienia. W ocenie Odwołującego kwestionowana cena, z uwagi na brak jakichkolwiek czynników wpływających na ich „okazyjność” oraz ze względu na rzeczywistą wartość rynkową umowy o zamówienie publiczne ustaloną przez Zamawiającego, jako szacunkowa wartość zamówień, została skalkulowana poniżej kosztów wykonywania przedmiotowych usług. Błędym jest zdaniem Odwołującego stanowisko, że skalkulowane w sposób prawidłowy, a więc uwzględniający wszelkie ryzyka i koszty wykonania zadania, oferty wykonawców działających w tych samych warunkach gospodarczych, mogą różnić się cenowo na

poziomie około 25 %. Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności, potwierdzają, że metoda, którą Konsorcjum Clar przyjęło, konkurując o udzielenie zamówień, czyni ofertę niewiarygodną i nierealistyczną a nadto działania takie stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Zwrócił uwagę, że wybrany wykonawca aktualnie świadczy na rzecz Zamawiającego tożsame usługi. Zakres obowiązków w ogłoszonym przetargu jest niemalże identyczny z obecnie realizowanym zamówieniem. Trzy lata temu wykonawca Clar System S.A. zaoferował realizację usług za kwotę 60.569,29 netto miesięcznie, co dawało 68.564,43 brutto miesięcznie. Aktualnie wykonawca Clar System S.A. wykonuje usługi za kwotę netto 65.799,49 zł - 80.943,37 zł brutto. Zmiana kwot nastąpiła w ramach jednej umowy, a jej legalność pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. (...) Z kolei za realizację tych samych usług w nowym przetargu ten sam wykonawca chce otrzymywać miesięczne wynagrodzenie w kwocie 48.500,84 zł netto - 59.656.03 zł brutto". Odwołujący wskazał na obniżenie przez Konsorcjum Clar kosztów świadczenia usługi o 27 % w stosunku do aktualnego wynagrodzenia i stwierdził jednocześnie, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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. Zaoferowana cena za realizację zamówień, w ocenie Odwołującego rażąco niska, stanowi de facto sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r., w której to opinii UOKiK podał m.in.: że (...) Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy; gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie, czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane (w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji". Podkreślił, że (...) Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich

wytworzenia (cena dumpingowa, do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp". Wykonawca podniósł także, że kwota 48.500,84 zł netto miesięcznie, jaką zamierza realizować usługę wybrany wykonawca nie obejmuje nawet kosztów pracowniczych, która aktualnie jest realizowana przez firmę Clar przy pomocy 53 osób [ok. 45 etatów]. Wskazał również, że minimalne wynagrodzenie stanowi od stycznia 2013 r. kwotę 1.600,00 zł i tym samym koszt wynagrodzeń pracowników kształtuje się na poziomie ok. 72.000,00 zł, a zatem kwota ta przekracza kwotę miesięcznego wynagrodzenia wybranego wykonawcy, nie obejmując kosztów ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych opłacanych przez pracodawcę, kosztów zakupu i użytkowania sprzętu i środków czystości, kosztu najmu pomieszczeń od Zamawiającego. Tym samym nawet taka ogólna analiza kosztów niezbędnych do realizacji usługi wskazuje na całkowitą nierynkowość oferty wybranego wykonawcy. Wykonawca stwierdził ponadto, że Zamawiający zgodnie z art. 90 ustawy Pzp „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny". Cytowany przepis, nakłada na Zamawiającego obowiązek wystąpienia do wykonawcy o przedstawienie stosownych danych i kalkulacji w celu ustalenia okoliczności, o których mowa powyżej, zawsze w przypadku, gdy zaistnieje chociażby podejrzenie o rażąco niską cenę. Zdaniem Odwołującego, „punktem odniesienia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej mogą być w szczególności ustalona należycie przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, ceny zaoferowane przez innych wykonawców oraz ceny rynkowe przedmiotu zamówienia". Dalej podał, że (...) czynność polegająca na badaniu ceny oferty w kontekście rażąco niskiej ceny, dokonywana być powinna w odniesieniu do wartości zamówienia, cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz cen rynkowych przedmiotu zamówienia" i w opinii wnoszącego odwołanie, Zamawiający w tym postępowaniu uchybił przepisowi art. 90 ustawy Pzp, albowiem zaoferowana w ofercie uznanej za najkorzystniejszą cena jest znacznie niższa od szacunkowej wartości zamówienia, a pozostałe oferty cenowe istotnie przewyższają

(nie mniej niż o 25 %) kwoty zaproponowane przez wykonawcę wybranego. W związku z przedstawionymi dysproporcjami w zakresie wysokości skalkulowanych wynagrodzeń, w opinii Odwołującego spełniona została przesłanka, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, obligująca Zamawiającego do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wątpliwości, o których mowa powyżej, zdaniem Odwołującego zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, nie mogą być arbitralnie, z pominięciem procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp, rozstrzygane przez Zamawiającego, na korzyść wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną. Podkreślił, że Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc de facto dysponując środkami publicznymi i działając w celu zaspokojenia potrzeb ludności, zobligowany jest mieć pewność, że wybrany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niedopuszczalnym jest w jego ocenie, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ustawy, ale również z uwagi na cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w ustawie Prawo zamówień publicznych, służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej. Wykonawca wskazał również, że Zamawiający w rozdziale V pkt 3 SIWZ wymagał dołączenia do oferty wykazu środków dezynfekcyjnych, jakich wykonawca zamierza użyć do realizacji zamówienia. Z kolei w rozdziale III pkt 6.1 SIWZ Zamawiający wskazał proponowane środki dezynfekcyjne, dopuszczając jednocześnie, iż „Wykonawca może zaproponować stosowanie środków równoważnych tzn. takich, które posiadają, co najmniej takie same parametry jak proponowane przez Zamawiającego”. W załączonym przez Konsorcjum Clar do oferty Wykazie środków dezynfekcyjnych (...) nie został wymieniony preparat Incidin Liquid Spray, wskazany przez Zamawiającego w specyfikacji do dezynfekcji miejsc trudnodostępnych w obszarze poszczególnych komórek organizacyjnych. Wybrany wykonawca nie zaproponował również w miejsce preparatu Incidin Liquid Spray żadnego innego środka równoważnego. W związku z powyższym oferta wykonawcy jest niezgodna w sposób istotny z treścią specyfikacji, a wykonawca nie będzie w stanie wykonać prawidłowo przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że wykaz środków nie jest dokumentem



potwierdzającym spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani nie jest dokumentem dotyczącym jakości oferowanych usług i ich zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego w zakresie jakości. Tym samym nie ma podstaw do uzupełnienia braku w wykazie środków (preparatów) w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System sp. z o.o. z Poznania [Konsorcjum Clar albo Przystępujący], wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska, odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny i naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w szczególności podał, że (...) W skali wynagrodzenia za miesiąc wykonywania usługi różnica między ceną netto oferowaną przez Przystępującego (48.500,84 zł) a ceną netto oferowaną przez Odwołującego (63.650,30 zł) wynosi tylko 15.149,46 zł. Wskazując na art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stwierdził, że różnicę tę daje się łatwo wyjaśnić poprzez obiektywne czynniki, w szczególności: a) oszczędność metody wykonania zamówienia, b) wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, c) wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (w szczególności przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej osób niepełnosprawnych). Dalej podał, że (...) Przystępujący wykonuje dla Zamawiającego usługę sprzątnięcia na przestrzeni kilku ostatnich lat i w wyniku odpowiednich działań rekrutacyjnych pozyskał optymalny zespół pracowniczy. Każdy bowiem z 47 pracowników wykonawczych Przystępującego, aktualnie wykonujących usługę, posiada umiarkowany stopień niepełnosprawności oraz otrzymuje obecnie minimalne wynagrodzenie za pracę”, Podał również, że Przystępujący wykonawca posiada status zakładu pracy chronionej i zgodnie z przepisami ustawy o rehabilitacji (...) pracodawcy, zatrudniającego osobę niepełnosprawną zaliczoną do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje miesięczne dofinansowanie ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w wysokości 100% minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jego zdaniem w obecnym stanie prawnym do kwoty całkowitych kosztów pracy przypadających na jednego pracownika posiadającego umiarkowany stopień niepełnosprawności, Przystępujący wykonawca dopłaca z własnych środków jedynie kwotę 480,52 złotych. Tym samym mógł skalkulować miesięczne koszty pracownicze netto w wysokości 25.124,43 zł, a nie jak podnosi w Odwołujący w wysokości 72.000,00 zł. Stwierdził również, że (...)

Przystępujący świadczy na rzecz Zamawiającego analogiczną usługę już od roku 2000 (z jedną 3 letnią przerwą) - zdołał wypracować zarówno oszczędne metody wykonywania usługi, jak i inne sprzyjające warunki realizacji zamówienia. Niezbędny do używania przy wykonywaniu usługi sprzęt Przystępujący ma już zakupiony. Uwzględniając fakt, że jest to sprzęt w znacznym stopniu zamortyzowany (jakkolwiek wciąż sprawny), Przystępujący mógł przyjąć w kalkulacji ceny ofertowej, że ten składnik ceny będzie obciążał ją w wysokości 200 złotych netto. Suma zaś pozostałych kosztów dodatkowych, (pranie, najem pomieszczeń, telefon, naprawa maszyn, waloryzacja wynagrodzeń, odzież, obuwie, badania i szczepienia, maty wejściowe i koszt udzielenia gwarancji itp.), niezbędnych do poniesienia przez Przystępującego w związku z realizacją zamówienia wynosi 8.750,00 złotych netto". Zwrócił również uwagę, że (...) Uwzględniając doskonałą znajomość przez Przystępującego obiektu Zamawiającego, warunków lokalnych realizacji usługi oraz długotrwałą współpracą z dostawcami środków czystości (wypracowane rabaty u dostawców) niezbędnych do realizacji zamówienia (środki myjące i dezynfekcyjne, worki, art. higieniczne i materiały eksploatacyjne itp.) pozwoliło to zasadnie przyjąć Przystępującemu, że koszty z tego tytułu będą miesięcznie wynosić kwotę netto 9.400,00 złotych. Przystępujący dążąc do zachowania współpracy z Zamawiającym zastosowała wobec niego relatywnie niewysoką stawkę marży, tj. miesięcznie kwotę 5.026,41 złotych". Zwrócił również uwagę, że (...) w międzyczasie (tj. pomiędzy zakończeniem poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a datą złożenia oferty w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) nastąpiła zmiana przepisów prawa - art. 15 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zgodnie z którym (...) czas pracy pracowników o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności może wynosić 8 godzin na dobę. Każdy z tychże pracowników w ramach jednego etatu może zatem pracować dłużej niż w poprzednim stanie prawnym o 21 godz. miesięcznie. Liczba etatów ulega więc zmniejszeniu. Jest to o tyle istotne, że Przystępujący zamierza wykonywać usługę na rzecz Zamawiającego również pracownikami legitymującymi się umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, jak robi to dotychczas". W konkluzji stwierdził, że (...) zaoferowana przez Przystępującego cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Przyjęta wysokość poszczególnych elementów łącznej ceny ofertowej znajduje bowiem swoje uzasadnienie". Odnośnie zarzutu nie ujęcia w wykazie środków środka

dezynfekcyjnego przeznaczonego do stosowania w miejscach trudnodostępnych w obszarze poszczególnych komórek organizacyjnych Przystępujący stwierdził, że (...) w rozdziale III punkcie 6.1. SIWZ Zamawiający jedynie zasugerował wykonawcom, jakim środkiem mogą posłużyć się przy realizacji zamówienia w zakresie miejsc trudnodostępnych. Świadczy o tym użyty w tymże przepisie SIWZ zwrot „proponuje”. Żadna metoda wykładni tego słowa nie może prowadzić do wniosku, że „proponować” oznacza obowiązek”. Dalej podał, że (...) Przystępujący w wykazie ujął środek Desprej, który to preparat Desprej posiada szerszy zakres wirusobójczy niż Incidin Liquid Spray. Działa on bowiem na: HBV, HCV, HIV-30sek. Adeno - 1 min. Rota - 30 sek. Polio - 1 min. oraz Vaccinia - 30 sek. Jako dowód powołał ulotkę producenta środka Desprej oraz ulotkę producenta środka Incidin Liquid Spray”. Zwrócił uwagę na tę część punktu III.6.1. SIWZ, gdzie Zamawiający wskazuje, że: „Wykaz środków dezynfekcyjnych 1 x w roku jest weryfikowany i uzgodniony z pielęgniarką epidemiologiczną” oraz „Niedopuszczalne jest stosowanie jakichkolwiek preparatów do mycia i dezynfekcji na terenie obiektu bez akceptacji na piśmie”. Zdaniem Przystępującego dopiero na etapie realizacji zamówienia wykaz środków dezynfekcyjnych będzie uzgodniony z Zamawiającym i tym samym w Wykazie środków wykonawcy nie mieli ani obowiązku wskazywać wszystkich zaproponowanych przez Zamawiającego środków oraz nie mieli obowiązku w miejsce każdego zaproponowanego przez Zamawiającego środka proponować równoważny. Dodatkowo wskazał na rozdział III pkt 10.1 specyfikacji, odnoszący się do Planu higieny, który należy przedłożyć w ciągu 1-go miesiąca od momentu rozpoczęcia usługi.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający również wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności, że (...) nie miał jakichkolwiek podstaw do powzięcia podejrzenia, iż w przypadku przywołanej wyżej oferty występować może rażąco niska cena. W szczególności podniósł, że wybrana ostatecznie oferta złożona została przez przedsiębiorcę świadczącego usługi sprzątania na rzecz Zamawiającego nieprzerwanie od 8 lat. W ocenie Zamawiającego oferent ten miał zatem możliwość bardzo precyzyjnego oszacowania kosztów świadczenia usługi. Znał aktualny rozkład pomieszczeń i dysponował optymalnym zespołem pracowników. Podkreślił że podmiot ten posiada status zakładu pracy chronionej, co także miało wpływ na określenie ceny ofertowej.” Podkreślił, że mechaniczne

porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie pozwala na przyjęcie założenia, iż mamy do czynienia z ceną nierealistyczną, co groziłoby nierzetelnym wykonaniem zamówienia w przyszłości oraz, że odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające. Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju usług, jak też dostaw czy robót budowlanych. Ustosunkowując się do zarzutu, dotyczącego braku w Wykazie środków (...) preparatu Incidin Liquid Spray, stwierdził, że w specyfikacji Zamawiający jednoznacznie podał, iż „proponuje” wykonawcom stosowanie określonych środków dezynfekcyjnych. Nie może zatem ulegać wątpliwości, iż w miejscach trudnodostępnych wykonawca mógł skorzystać zarówno ze środka Incidin Liquid Spray, jak i Desprej, bądź też innego środka równoważnego”. Zatem (...) Pozbawiona jakichkolwiek podstaw jest próba wykazywania przez Odwołującego, że domniemaną intencją Zamawiającego było przedstawienie przez oferentów w ofertach wszystkich zaproponowanych w SIWZ środków”. Powołując się na wykładnię literalną jak i celowościową stwierdził brak uzasadnienia dla wskazywania dwóch preparatów oraz, że preparat Desprej, posiada takie same parametry, jak preparat Incidin Liquid Spray, a zakres działania preparatu Desprej jest szerszy od preparatu Incidin Liquid Spray.

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Rozpoznając niniejsze odwołanie, Izba uwzględniała dyrektywę zawartą w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz dyrektywę zawartą w przepisie art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnik postępowania odwoławczego mają obowiązek wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba również uwzględniła dyrektywę wskazaną w art. 180 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którą (...) Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp”. W tym przypadku Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 44 ust 3 i 4 ustawy o finansach publicznych i art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc.

Rozpoznając następnie, w pierwszej kolejności zarzut dotyczący braku zastosowania procedury wyjaśniającej z art. 90 ust.1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy Zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System sp. z o.o. z Poznania do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podanej w ofercie Konsorcjum, która to oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tak jak wyjaśnił Zamawiający w toku rozprawy, podstawę ustalania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia stanowiła kwota wynagrodzenia dotychczas uzyskiwanego przez wykonawcę CLAR System Spółka Akcyjna z Poznania [członek Konsorcjum] na podstawie umowy nr 39/ZP/2010 zawartej na realizację - w okresie 1.05.2010 r. do dnia 30.04.2013 r. - analogicznej usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu, zapewnienia transportu wewnętrznego oraz otwierania i zamykania szpitala, w której to umowie kwota miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego [dla 3 stref] ustalona została w wysokości brutto 68.564,43 zł. Wynagrodzenie to następnie - aneksem nr 13 z dnia 29 marca 2011 r. - zostało określone na kwotę brutto 79 002, 43 zł. Tak jak wyjaśnił Zamawiający w toku rozprawy, zmiana ta była spowodowana zmianą stawki podatkowej VAT [wzrost do 23 %] oraz wzrostem powierzchni, objętej sprzątnięciem w stosunku do powierzchni z przetargu 2009 r. Dalej Izba ustaliła, że Konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System sp. z o.o. z Poznania wskazali w ofercie [dla 3 stref] łączne wynagrodzenie miesięczne w kwocie brutto 59.656.03 zł. To oznacza różnicę w cenie wynagrodzenia miesięcznego brutto o ponad 19.000 zł. Izba ustaliła również, że w przetargu prowadzonym w roku 2009 powierzchnia objęta sprzątnięciem wynosiła 8.080m<sup>2</sup>, podczas gdy w tym przetargu usługa ma dotyczyć powierzchni 9.573m<sup>2</sup>. Izba ponadto zwróciła uwagę na istotną – zdaniem Izby - zmianę odnośnie wzrostu ilości środków, dotyczących wyposażenia sanitariatów i pomieszczeń, które zgodnie ze specyfikacją miał zapewnić wykonawca. W pkt II.6. w specyfikacji do przetargu z roku 2009 wskazano zużycie za jeden rok: ręczniki papierowe w liczbie 16.800 wkładów, papier toaletowy – duża rolka 720 szt., a mała rolka - 13.200 szt., mydło w płynie 1.800 l. Z kolei w specyfikacji do przetargu w roku 2013 w pkt III. 6 wskazano na zdecydowanie wyższe ilości ręczników papierowych [22.000 wkładów], papieru toaletowego [duża rolka 900 szt., a mała rolka – 19.000], mydło w płynie [2.400 l]. Izba zwraca uwagę również na większą liczbę

wymaganych dozowników oraz worków na odpady foliowe, gdzie w przypadku worków foliowych różnica jest blisko 100 tys. szt. [w roku 2009 - worki foliowe w liczbie ok.178.900, a w roku 2013 - worki foliowe w liczbie 276.200]. Wzrost dotyczy także wymaganych wózków, a ponadto w tym postępowaniu Zamawiający wymaga dodatkowo odkurzacza do zbierania wody oraz polerki wysokoobrotowej. Specyfikacja wskazuje również na wzrost kosztów dotyczących najmu powierzchni. Ponadto wzrost kosztów dotyczy niewątpliwie kosztów osobowych, wynikających m.in. z podwyższenia minimalnego wynagrodzenia. Przystępujący wykonawca w piśmie z dnia 22 kwietnia br tylko ogólnie wskazał na takie okoliczności jak to, że jest Zakładem Pracy Chronionej i korzysta z pomocy publicznoprawnej, działa w branży usług od ponad 10 lat oraz, że świadczył (i nadal świadczy) usługi sprzątnięcia na rzecz Zamawiającego, stąd posiada wiedzę praktyczną, a ponadto posiada doskonałą znajomość warunków lokalnych realizacji usługi i długotrwałą współpracę z dostawcami środków czystości (wypracowane rabaty u dostawców) niezbędne do realizacji zamówienia (środki myjące i dezynfekcyjne, worki, artykuły higieniczne i materiały eksploatacyjne itp.). Takie lakoniczne argumenty wobec ustaleń faktycznych trudno uznać - zdaniem Izby - za obiektywne czynniki w rozumieniu art. 90 ust.2 ustawy Pzp. Mając zatem na uwadze podstawy ustalania wartości szacunkowej wartości zamówienia oraz ceny podane w ofertach innych wykonawców i wynagrodzenie uzyskiwane dotychczas przez wykonawcę Clar, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System sp. z o.o. z Poznania - nie wykazali, żadnych obiektywnych czynników, które uzasadniały określenie w ofercie ceny na wskazanym poziomie. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że brak jest podstaw do arbitralnego uznania przez Zamawiającego – z pominięciem procedury z art.90 us.1 ustawy Pzp – że oferowana cena nie jest rażąco niska. Tym samym podjęcie decyzji w niniejszej sprawie i wykluczenie podstaw odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp powinno być poprzedzone zastosowaniem procedury na podstawie art. 91 ust.1 ustawy Pzp, która powinna doprowadzić do ustalenia obiektywnych czynników, o których stanowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Zamawiający w pkt III. 6.1 określił wymagane środki dezynfekcyjne, w tym w wierszu 7 (poz. 7) dla „miejsc trudnodostępnych w obszarze poszczególnych komórek organizacyjnych” wskazał na dwa preparaty - Incidin Liquid Spray [po zmianach z dnia 26 marca br] ze spektrum działania (B, V, Tbc, F – do 5 min.) oraz na Desprej, gdzie nie opisano wymaganego

spektrum działania. Zaznaczono jednocześnie, że wykonawca (...) może zaproponować stosowanie środków równoważnych tzn. takich, które posiadają, co najmniej takie same parametry jak proponowane przez Zamawiającego.” W ocenie Izby z opisu spornych preparatów nie wynika, że były to alternatywnie wskazane środki. Tym samym wymagana równoważność – zdaniem Izby - dotyczyła każdego z tych środków. Izba zwraca uwagę, że również przedkładane karty charakterystyk dla tych środków nie potwierdzają stanowiska zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego wykonawcy. Przede wszystkim preparat Incidin Liquid Spray z oznaczonym spektrum działania ma zastosowanie tylko „w warunkach czystych i brudnych”, a preparat Desprej - bez oznaczonego w specyfikacji spektrum działania - może być użyty tylko do czystych powierzchni bez zanieczyszczeń organicznych. Także wskazywane postanowienie punktu III.6.1. specyfikacji, odnoszącego się do weryfikowania środków dezynfekcyjnych ujętych w Wykazie, nie może być podstawą do twierdzeń, że to postanowienie zwalniało wykonawców z ujęcia w Wykazie wszystkich środków [bądź równoważnych] opisanych przez Zamawiającego w specyfikacji. Także takie zwolnienie sporządzenia kompletnego Wykazu środków nie wynika z pkt III. 10.1 specyfikacji, odnoszącego się do Planu higieny. W konkluzji Izba stwierdza, że Konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System sp. z o.o. z Poznania nie zaproponowało w miejsce preparatu Incidin Liquid Spray żadnego innego środka równoważnego, posiadającego parametry środka Incidin Liquid Spray i w związku z powyższym oferta Konsorcjum Clar w tej części jest niezgodna z treścią specyfikacji – nie odpowiada jej treści. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że Wykaz środków nie jest dokumentem potwierdzającym spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz nie jest dokumentem dotyczącym jakości oferowanych usług i ich zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego w zakresie jakości. Tym samym nie ma podstaw do uzupełnienia Wykazu środków (...) (preparatów) w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp i Wykaz ten nie może być również poprawiony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. To z kolei oznacza, że oferta uznana za najkorzystniejszą podlegała odrzuceniu, albowiem we wskazanym zakresie nie odpowiadała treści specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba ponadto stwierdza, że na obecnym etapie postępowania – Zamawiający jak i Przystępujący wykonawca nie mogą dokonywać interpretacji spornego warunku niezgodnie z opisem zawartym w tabeli. Prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o których stanowi

art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym każdy z wykonawców, nie kwestionując postanowienia odnośnie spornego warunku, zobowiązany był składając ofertę do jego ścisłego przestrzegania w kształcie nadanym przez Zamawiającego. Izba podziela również pogląd orzecznictwa, że niedopuszczalne jest domniemywanie treści siwz, w tym w szczególności niewyrażonych w specyfikacji intencji zamawiającego, których nie można nawet wnioskować z innych postanowień.

Reasumując Izba stwierdza, uwzględniony zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi samoistną podstawę odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System sp. z o.o. z Poznania, a zatem bezprzedmiotowe byłoby nakazanie procedury wyjaśniającej z zastosowaniem art. 90 ust.1 ustawy Pzp, o której mowa powyżej.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....