Sygn. akt: KIO 2448/21

Wyrok

z dnia 13 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) Servizi Ospedalieri S.p.A. Via Calvino 33 - 44122 Ferrara (2) „IZAN+" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (3) Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) CitoNet - Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (2) Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2448/21 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie z siedzibą w Warszawie i:

2.1. 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 zamówienie: (1) Servizi Ospedalieri S.p.A. Via Calvino 33 - 44122 Ferrara (2) „IZAN +" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (3) Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) Servizi Ospedalieri S.p.A. Via Calvino 33 - 44122 Ferrara (2) „IZAN +" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (3) Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2448/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu

Medycznego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Świadczenie usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu

medycznego."

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp", o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2021 roku pod numerem: 2021/S 098 257084.

W dniu 16 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) „Servizi Ospedalieri" S.p.A. Via Calvino 33 - 44122 Ferrara, (2) „IZAN +" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, (3) Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, zwanych dalej: Odwołującym, wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku art.117 ust. 3 i 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp - wobec uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą, w sytuacji

gdy oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy i nie narusza art. 117 ust. 3 i 4 Pzp, albowiem Odwołujący wyjaśnił, który z członków konsorcjum spełnia warunek udziału w zakresie doświadczenia i że podmiot ten będzie wykonywał, tą część zamówienia bezpośrednio w całości;

- poprzez stawianie innych wymagań, w zakresie art. 117 ust 3 i 4 Pzp wobec

Odwołującego, którego członkiem konsorcjum jest włoska spółka, niż pozostałym wykonawcom, których członkowie konsorcjum są wykonawcami polskimi;

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp 224 ust. 6 Pzp oraz 224 ust 1 Pzp wobec uznania przez

Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską, albowiem

Odwołujący nie przedstawił wystarczających wyjaśnień w tej kwestii, w sytuacji gdy

wyjaśnienia Odwołującego w pełni potwierdzają, że zaoferowana cena, jak i jej części składowe nie są ceną rażąco niską oraz w sytuacji gdy nie było żadnych podstaw do wezwania wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, albowiem cena Odwołującego jest ceną rynkową.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż 6 sierpnia 2021 r. został poinformowany przez Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ oferta jest niezgodna z przepisami Pzp, tj. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp, oraz

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 244 ust. 6 Pzp i art. 224 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, w związku z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp, Odwołujący podnosi, że Zamawiający postawił jeden szczegółowy warunek udziału w postępowaniu: warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy - zdolności technicznej lub zawodowej. Jeden z członków konsorcjum Odwołującego - Servizi Ospedalieri S.p.A spełnił ten warunek.

Odwołujący spełnił obowiązki nałożone na niego przez przepisy Pzp oraz wynikające z treści SWZ. Odwołujący zastosował się do dyspozycji art. 117 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący dołączył do oferty oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 - poprzez wypełnienie załącznika nr 7 do SWZ. Odwołujący oświadczył, który z konsorcjantów spełnił warunek udziału w postępowaniu oraz, że podmiot, który spełnia warunek udziału w postępowaniu będzie realizował główny zakres usługi, objęty tym warunkiem. Odwołujący w sposób jasny określił,

że warunek określony w Rozdziale V pkt. 1, ppkt 4), dotyczący doświadczenia wykonawcy w zakresie świadczenia usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego spełnia Servizi Ospedalieri S.p.A i w tym zakresie będzie realizował zamówienie.

Zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w okolicznościach gdy zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp lub warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zobowiązani są do dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Oświadczenie to, służy ustaleniu przez zamawiającego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy zdecydowali się na wspólne złożenie oferty w postępowaniu, w okolicznościach w których przepisy ustawy Pzp wymagają, aby wykonawcy działający wspólnie wykonali osobiście tę część zamówienia, w odniesieniu do której wykazują wymagane przez zamawiającego zdolności lub uprawnienia. Z treści art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, wynika bowiem, iż wykonawcy działający wspólnie mogą wykazać spełnianie warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli co najmniej jeden z nich posiada te uprawnienia i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których wykonania uprawnienia te są wymagane.

W odniesieniu natomiast do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy działający wspólnie, mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy posiadają wymagane zdolności i faktycznie wykonają roboty budowlane lub usługi.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w literaturze przedmiotu dotyczącej Zamówień Publicznych oświadczenie złożone do oferty w rozumieniu art. 117 ust. 4 Pzp służy wyłącznie

ustaleniu przez zamawiającego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy zdecydowali się na wspólne złożenie oferty w postępowaniu, (tak: w PZP Komentarz Urząd Zamówień Publicznych Hubert Nowak, Mateusz Winiarz s. 453-454).

Wykonawca wywiązał się zatem ze swojego obowiązku, potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i kto będzie realizował główny przedmiot zamówienia. Servizi Ospedalieri S.p.A. w sposób bezpośredni, osobiście uczestniczył będzie w realizacji zamówienia w zakresie wskazanym w oświadczeniu, złożonym w ofercie tj. uzupełnionego załącznika nr 7 do SWZ.

Zamawiający w dniu 28 lipca 2021 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazując, że są to wyjaśnienia w zakresie zastosowania art. 117 ust. 3 Pzp, czyli podmiotowego środka dowodowego. Zamawiający wezwał do opisania sposobu wykonania usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego wyłącznie przez Servizi Ospedalieri S.p.A. tj. przez jego pracowników oraz jego nadzorem oraz zakresu udziału w zamówieniu pozostałych członków konsorcjum. W rzeczywistości, zatem pytanie dotyczyło nie podmiotowego środka dowodowego ale sposobu świadczenia usług dekontaminacji czyli technologii stosowanej przez Odwołującego i organizacji pracy, co wykracza poza dyspozycję art. 117 ust. 3 Pzp. Aby pozyskiwać informację w zakresie sposobu wykonywania usługi Zamawiający powinien przewidzieć przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w art. 7 pkt. 20. Stosownie do treści art. 7 pkt 20 nowej ustawy Pzp przedmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówień.

Zamawiający nie może wykorzystywać wyjaśnień aby rozszerzać treść SWZ i w ten sposób żądać informacji, które winny być objęte przedmiotowymi środkami dowodowymi.

W dniu 29 lipca 2021 roku, Odwołujący odpowiedział jednak na wezwanie Zamawiającego, i potwierdził, że Servizi Ospedalieri S.p.A. w sposób bezpośredni, osobiście uczestniczył będzie w realizacji zamówienia w zakresie wskazanym w oświadczeniu złożonym w ofercie. Wyjaśnienie Odwołującego koresponduje z jego oświadczeniem złożonym w ofercie zgodnie ze wzorem załącznika nr 7 do SWZ. Nie można zatem uznać, ze oferta Odwołującego jest sprzeczna z treścią art. 117 ust. 3 i 4 Pzp, skoro Odwołujący spełnił wymogi płynące
z dyspozycji tych przepisów.

Co więcej inny wykonawca biorący udział w postępowaniu, konsorcjum firm: Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. i Citonet - Warszawa sp. z o. o. w załączniku nr 7 złożyli oświadczenie w zakresie art. 117 ust. 4, analogiczne do oświadczenia jakie złożył Odwołujący. Zamawiający nie wezwał jednak tych wykonawców do wyjaśnień w zakresie sposobu realizacji usługi dekontaminacji. Odmienne traktowanie Odwołującego i pozostałych oferentów, jak sam wskazuje Zamawiający w wezwaniu z dnia 28 lipca 2021 roku, wynika z faktu, włoskiej siedziby spółki Servizi Ospedalieri S.p.A. Stawianie innych wymagań wykonawcom krajowym i wykonawcom mających siedzibę w innym państwie Unii Europejskiej stanowi jaskrawe naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniające równe traktowanie wykonawców. Trybunału Sprawiedliwości UE wielokrotnie wypowiadał się, że ogólna zasada równości jest jedną z podstawowych zasad prawa unijnego. Stanowi ona, że niedopuszczalne jest czynienie różnic między podmiotami prawnymi państw członkowskich, które znajdują się w tożsamych sytuacjach, albo równoprawne ich traktowanie, gdy znajdują się one w sytuacjach różnych (por. wyrok TSUE z dnia 16 października 1980 r. w sprawie 147/79 R. Hochstrass v. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, Rec. 1980, s. 3005, tłumaczenie za: J. Galster, C. Mik, Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu, Toruń 1996, s. 187).

Na marginesie podnieść należy również, że oferent STER - MED. Sp. z o.o. TOMMARG ZPCH Sp. z o. o., poprzestali na wskazaniu, iż spółka spełniająca warunek udziału

w postępowaniu będzie realizowała nadzór nad realizacją usługi. Zamawiający uznał to oświadczenie za wystarczające i zgodne z art. 117 Pzp i zaniechał wezwania w tym zakresie tego wykonawcę. Co również uwydatnia nierówne traktowanie Odwołującego, przez

Zamawiającego.

Nadmienić należy, że art 117 ust. 4 odnosi się do ust. 2 i 3 Pzp tego przepisu, który dotyczy warunku udziału w postępowaniu i w takim zakresie Zamawiający powinien go stosować. Odwołujący zgodnie z powyższym wyjaśnił, że warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy stanowiący główny przedmiot zamówienia tj. usługa w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego miała być realizowana wyłącznie przez Servizi Ospedalieri S.p.A. Skoro tak, to oczywistym jest, że pozostali wykonawcy nie będą brali udziału w wykonaniu głównego przedmiotu zamówienia i jakiekolwiek dodatkowe oświadczenia były zbędne.

Nadmienić należy, że at. 117 ust. 4 Pzp odnosi się do ust 2 i 3 Pzp tego przepisu, który dotyczy warunku udziału w postępowaniu i w takim zakresie Zamawiający powinien go stosować.

W związku z powyższym, nie można uznać, że oferta Odwołującego jest niezgoda

z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 224 ust. 6 zp, art. 224 ust. 1 Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 6 lipca 2021 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ustalenia czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt. Odwołujący w dniu 9 lipca 2021 roku złożył obszerne wyczerpujące wyjaśnienie. Już samo wezwanie budziło wątpliwości Odwołującego albowiem cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rynkową, i nie było podstaw do wzywania wykonawcy do wyjaśnień. Sam Zamawiający w ww. wezwaniu stwierdził, że cena Odwołującego w wysokości 13.566.905,19 zł brutto:

1) w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, tj. kwoty 14.507.246,89 zł brutto jest niższa zaledwie o 6,48 %,

2) w odniesieniu do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług tj. kwoty 15.771.370,50 zł jest niższa jedynie o 13,98 %.

Co więcej, usługa sterylizacji obecnie jest świadczona przez TZMO S.A. i Citonet - Warszawa sp. z o.o. (od marca 2021 r. na podstawie aneksów przedłużających pierwotnie umowy o udzielenie zamówienia publicznego), po cenie miesięcznie niższej niż zaoferowana przez Odwołującego. Średnie wartości miesięczne, za jakie wykonywana była na dzień złożenia ofert usługa przez konsorcjum TZMO S.A. i Citonet-Warszawa były niższe niż oferta Odwołującego. Ponadto przyjmując stawki jednostkowe z ww. umów i aneksów oraz ilości

asortymentu planowanego do przekazania do centralnej sterylizatorni w przedmiotowym

postępowaniu (DZPUCK.262.042.2021) oferta konsorcjum TZMO S.A. i Citonet-Warszawa opiewałaby też na kwotę niższą tj. średnio miesięcznie 361 711,56 zł netto. Natomiast Odwołujący zaoferował w postępowaniu kwotę wyższą tj. 376 858,48 zł netto miesięczni.

Dowód: umowy o udzielenie zamówienie publiczne zawarte przez TZMO S.A. i Citonet-Warszawa sp. z o.o. wraz z aneksami oraz faktury VAT.

Zamawiający, instytucję wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej musi stosować racjonalnie. Na racjonalne stosowanie instytucji wezwania do wyjaśnień wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładowo w wyroku z dnia z dnia 9 listopada 2017 roku, sygn. akt: KIO 2133/17 Krajowa Izba Odwoławcza, podkreśliła, że w przypadku

błędnego założenia, że istnieją podstawy do postawienia wykonawcy zarzutu rażąco niskiej ceny, przy tak zakreślonym w ustawie ciężarze dowodu (vide art. 90 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1a ustawy Pzp) wykazanie realności ceny będzie niosło za sobą znaczne trudności natury dowodowej.

Nie sposób bowiem przedstawić dowodów na okoliczność zastosowania metod pozwalających uzyskanie znacznych oszczędności, czy też pomocy publicznej lub sprzyjających dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, jeżeli cena zawarta w ofercie jest zwykłą ceną rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod bez wykorzystania jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności i technik. Wówczas wykonawca będzie musiał zmierzyć

się z koniecznością niejako „poszukiwania” dowodów na potwierdzenie faktów, które nie

stanowiły podstaw ustalenia i nie przesądzały o wysokości tego wynagrodzenia.

Mimo, że wezwanie było nieuprawnione Odwołujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia, wypełniając szczegółową tabelę załączaną do w/w wezwania.

W dniu 28 lipca 2021 roku Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień albowiem Zamawiający uznał, że obecny wykonawca wykonuje usługę za pomocą ponad 40 osób, a Odwołujący przewidział 25 pełnych etatów i, że Zamawiający chce przedstawienia sposobu wyliczenia tych etatów. Wezwanie nie było konkretne. W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że jego pierwotne wyjaśnienia są wystarczające i, że tam przedstawił szczegółowe stanowiska pracy, wraz ze wskazaniem wszelkich kosztów i dodatków związanych z tymi stanowiskami.

Dopiero w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający, wskazał że według niego przy ustalaniu liczby etatów należy stosować wytyczne Zespołu Konsultantów Polskiego Stowarzyszenia Sterylizacji Medycznej. Zamawiający uznał, że liczba osób przewidzianych przez Odwołującego do realizacji usługi jest mniejsza niż, liczba osób wynikająca z ww. wytycznych. Zamawiający, jeżeli uznał, że należało posłużyć się ww. sugestiami Zespołu Konsultantów Polskiego Stowarzyszenia Sterylizacji Medycznej, powinien to zasygnalizować Odwołującemu w wezwaniu lub przewidzieć w SWZ. Zamawiający niejako „wciągnął" Odwołującego w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty, ukrywając swoje intencje na etapie wezwania aby ujawnić je dopiero na etapie odrzucenia oferty.

Niezależnie od powyższego podnieść należy, że odrzucenie oferty było całkowicie bezzasadne z następujących względów:

• Po pierwsze wzór, który opracowało Polskie Stowarzyszenie Sterylizacji Medycznej, zgodnie z informacją na ww. stronie internetowej ma być pomocny w ustalaniu zatrudnienia

w Centralnej Sterylizatorni. Jest to więc narzędzie pomocnicze, a nie wiążąca wytyczna, czy ustandaryzowana norma, na której podstawie można by kwestionować czy podważać założenia przyjęte przez Odwołującego. Jak przyznaje samo Polskie Stowarzyszenie Sterylizacji Medycznej PSSM we wpisie z 2012 r. nie ma norm zatrudnienia dotyczących Centralnych Sterylizatorni. (źródło:http://sterylizacja.org.pl/index.php/aktualnosci/pytania-i- , Zgodnie z
ww. wpisem, istnieje wiele czynników wpływających na ilość zatrudnienia w tej jednostce organizacyjnej szpitala (jak np.: wielkość szpitala, ilość łóżek, charakter oddziałów, ilość sal operacyjnych

i zabiegowych, ilość i rodzaj wykonywanych zabiegów, wyposażenie Centralnej Sterylizatorni, ilość i jakość zestawów trafiających do Centralnej Sterylizatorni, sposób transportu do i z Centralnej Sterylizatorni, plan pracy i jego zmianowość, czas potrzebny danemu pracownikowi na przygotowanie zestawu, biorąc pod uwagę, że zestawy różnią się ilościowo i rodzajowo).

Odwołujący podnosi, że w 2016 roku Światowa Organizacja Zdrowia (WHO), wydała dokument z zaleceniami i wskazówkami dotyczącymi poprawy standardów w zakresie usług sterylizacji w placówkach opieki zdrowotnej na całym świecie. Dokument nosi nazwę: „Decontamination and Reprocessing of Medical Devices or Health-care Facilities", czyli „Dekontaminacja i reprocesowanie wyrobów medycznych dla placówek służby zdrowia". Dla wyjaśnienia reprocesowanie w tym dokumencie oznacza ponowną sterylizację, czyli ponowny proces tj. obróbkę wyrobu medycznego po jego użyciu z przeznaczeniem do ponownego użycia. Światowa Organizacja Zdrowia, w ww. dokumencie stwierdziła, że:

Struktura i liczba personelu jest bardzo zróżnicowana i jak dotąd nie ma jasnych, opublikowanych wytycznych dotyczących obliczania wskaźników zatrudnienia w centralnych sterylizatorniach. Poniżej przedstawiono jednak przybliżone obliczenia wraz z prostymi przykładami wyliczenia liczby pracowników w oparciu o dwa parametry.

- Liczba operacji i zabiegów - obliczona przy założeniu, że na jednego pracownika Centralnej Sterylizatorni przypada rocznie 3000 operacji i zabiegów.

- Liczba tac z narzędziami chirurgicznymi na sali operacyjnej. Jeśli istnieją zautomatyzowane procesy mycia, przybliżony wskaźnik wynosi jeden pracownik na każde 1500-2000

tac rocznie.

- Inną metodą jest badanie w oparciu o czas i złożoność asortymentu do sterylizacji (od prostych do pojedynczych wyrobów medycznych wielokrotnego użytku (reused medical device RMD lub złożonych tac z narzędziami). Należy określić średnią, np. 10 minut pracy

przy reprocesowaniu. Następnie pomnożyć przez liczbę reprocesowanych sztuk asortymentu wykonywanych w miesiącu, np. 30 000 = 300 000 minut = podzielić przez 60 = 5000 godzin = podzielić przez 8 = 625 zmian roboczych (pracowniczych) w miesiącu,

a następnie opracować poziomy zatrudnienia.

- Poziom zatrudnienia zależy również od inwestycji finansowych zakładu w usługi sterylizacji. Jeżeli operatorzy Centralnej Sterylizacji są również wykorzystywani jako tragarze do transportu czystego i zużytego sprzętu, stanowi to usługę typu point-of-use (czyli personel dla potrzeb usługi).

Biorąc pod uwagę pierwsze kryterium, na które wskazuje Światowa Organizacja Zdrowia

- liczbę operacji i zabiegów, do wykonania procesu dekontaminacji dla Zamawiającego, potrzebne byłoby 9,16 etatów.

Biorąc pod uwagę drugie kryterium, na które wskazuje Światowa Organizacja Zdrowia - ilość roczną tac do narzędzi chirurgicznych jaką może obsłużyć jeden pracownik zatrudniony na pełny etat w Centralnej Sterylizatorni, to do wykonania dekontaminacji dla Zamawiającego, potrzebne byłoby :

1. 20,07 etatów, przy założeniu, że 31.523 jednostek, które Zamawiający będzie przekazywał do Centralnej Sterylizatorni stanowić będzie 30.104,47 tac,

2. 12,14 etatów przy założeniu, że 31.523 jednostek, które Zamawiający będzie przekazywał do Centralnej Sterylizatorni stanowić będzie 18 204,53 tac,

3. 22,07 etatów przy założeniu, że 31.523 jednostek, które Zamawiający będzie przekazywał do Centralnej Sterylizatorni stanowić będzie 33 099,15,

zakładając jednocześnie, że sposób przeliczenia ilości jednostek, które Zamawiający będzie przekazywał do Centralnej Sterylizatorni na ilości tac, nie jest w tym wzorze WHO wyjaśniony

i każdy Wykonawca winien ilość tac wyliczyć sam.

Nie istnieje zatem, jeden właściwy sposób wyliczenia ilości pracowników niezbędnych do wykonania usługi sterylizacji na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący posiada ogromne i wieloletnie doświadczenie w realizacji usług mycia, dezynfekcji i sterylizacji narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego, świadcząc aktualnie lub w przeszłości usługi dla szpitali. Spółka Servizi Ospedalieri S.p.A. obecnie obsługuje 27 sterylizatorni na terenie Unii Europejskiej.

Bazując na swoim doświadczeniu, wykonawca ma wypracowane od lat mechanizmy

kalkulacji organizacji pracy i optymalizacji obsady osobowej w zależności od charakteru, specyfiki i wolumenu zamówienia. Dlatego też, Odwołujący obliczając liczbę potrzebnych osób, którą zamierza zrealizować zamówienie na rzecz Zamawiającego, bazował na doświadczeniu spółki Servizi Ospedalieri S.p.A.

Na podstawie doświadczenie w realizacji kontraktów tożsamych z przedmiotem zamówienia przez Servizi Ospedalieri S.p.A., zarówno pod względem specyfiki, zakresu, ilości i czasu itp., Odwołujący przyjął do wykonania zamówienia 25 etatów, kierując się szacowaną ilością operacji i zabiegów, liczbą i złożonością zestawów do sterylizacji. Jest to zgodne z wytyczną pierwszą

i drugą Światowej Organizacji Zdrowia. Odpowiada to również, średniemu zatrudnieniu Servizi Ospedalieri S.p.A., na podobnych obiektach. Odwołujący wziął również pod uwagę, własną technologię i organizację pracy (którą ma wypracowaną na przestrzeni wielu lat).

Twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie doszacował tego elementu kosztów albowiem przyjął mniejszą niż niezbędna liczba etatów jest całkowicie bezzasadne.

• Po drugie Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający jako organizator postępowania nie określił w dokumentacji przetargowej minimalnej liczby osób jakiej żąda do wykonania

zamówienia, minimalnej liczby etatów, jakich wymaga do wykonania zamówienia, ani jakichkolwiek wytycznych odnośnie obsady osobowej. Zamawiający nie przewidział w SWZ, że należy przyjąć za wiążące ww. zalecenia na podstawie wpisu na stronie internetowej PSSM z 2012 r. .

Zwrócić należy również uwagę, że zgodnie z formularzem ofertowym ilość 31.523 jednostek, które Zamawiający będzie miesięcznie przekazywał do Centralnej Sterylizatorni nie są to wszystko takie same jednostki. W ilości tej jest:

- 25.161 jednostek - narzędzi pojedynczych do 4 narzędzi oraz drobnych pakietów zabiegowych,

- 3.083 jednostek - zestawów od 4 do 160 narzędzi w zestawie,

- 3.280 jednostek - pozostałego asortymentu (nie będącego narzędziami chirurgicznymi jak bielizna), w tym także asortymentu nie podlegającego sterylizacji, a jedynie myciu i dezynfekcji, np. buty operacyjne i urządzenia transportowe, tak więc tylko 10% z ogólnej ilości wszystkich jednostek, tj.: zestawy narzędzi (3.083 jednostki) stanowią asortyment, dla którego można przyjąć założenia z wzoru przedstawionego przez PSSM w zakresie średniego czasu potrzebnego do przygotowania zestawu.

Dla pozostałego asortymentu - jednostek, stanowiącego aż 80% ilości wszystkich jednostek przekazanych do Centralnej Sterylizatorni tj.: narzędzia pojedyncze do 4 narzędzi oraz drobne pakiety zabiegowe i 10% ilości wszystkich jednostek - asortyment inny: buty, urządzenia transportowe, bielizna itp.) te założenia są zdaniem Odwołującego zdecydowanie zawyżone i w tym konkretnym przypadku nie powinny być przyjmowane. Zostały one przez Odwołującego na podstawie wieloletniego doświadczenia i praktyki zweryfikowane i realnie wyliczone. Przyjęte przez Zamawiającego założenia, w oparciu, o które odrzucił ofertę Odwołującego są błędne. Biorąc pod uwagę powyższe - złożoność i rodzaje jednostek do sterylizacji, możliwości techniczne, organizację pracy, doświadczenie Odwołujący uzyskuje średni czas pracy przy reprocesowaniu około 7 minut.

Jednocześnie oparcie przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy na wątpliwości

Zamawiającego, co do mniejszej ilość osób przewidzianych do realizacji zamówienia, aniżeli liczba osób obecnie realizująca zamówienie jest nieracjonalna. Przecież mogą występować znaczące różnice pod względem technologii wykonania usługi, jak chociażby inwestycja w część nowego parku maszynowego, co również zostało przez Odwołującego w składanych wyjaśnieniach uwzględnione i podniesione, ma przełożenie na organizację pracy.
Dla formalności zaznaczyć należy, że pojęcie jedna osoba nie zawsze jest równoznaczne z pojęciem jeden pełny etat. Zamawiający w wezwaniu z dnia 28 lipca 2021 roku podnosił,

„że obecnie realizujący umowę wykonuje zamówienie ponad 40 osobami, podczas gdy Państwo jako wykonawca proponujecie o połowę mniejszy wolumen osobowy".

Zwrócić należy uwagę, że nie jest wiadome, czy liczba ujawniona przez obecnego wykonawcę TZMO S.A. i Citonet - Warszawa sp. z o. o.: „ponad 40 osób" odnosi się jedynie do wykonania usługi tylko na rzecz Zamawiającego, czy też odnosi się również do świadczenia usług na rzecz innych podmiotów. Zmawiający zarówno w obecnym, jak i poprzednim postępowaniu dopuszczał możliwość świadczenia sterylizacji, w oparciu o jego Centralną Sterylizatornię i urządzenia do niego należące, na rzecz innych podmiotów (odpowiedź

na pytanie nr 139 z dnia 18 czerwca 2021 roku oraz odpowiedź na pytanie nr 56 z dnia 18 czerwca 2021 r.).

Przykładowo TZMO S.A. i Citonet -Warszawy sp. z o.o. w oparciu o pomieszczenia Centralnej Sterylizatorni Zamawiającego wykonuje sterylizację niskotemperaturową EO tlenkiem etylenu dla podmiotu trzeciego - Centrum Zdrowia Dziecka, dlatego też ten wykonawca może potrzebować ponad 40 osób.

Dowód: umowa TZMO S.A. i Citonet -Warszawy sp. z o.o. zawarta z Centrum Zdrowia Dziecka.

Co więcej nie jest wiadome również jaką obsadę TZMO S.A. i Citonet- Warszawa sp. z o.o. przewidzieli w obecnym postępowaniu, Zamawiający w tym zakresie nie posiada żadnej wiedzy gdyż nie wystosował do wybranego w niniejszym postępowaniu Wykonawcy zapytania

o tak istotny dla niego składnik ceny.

W Tabeli kosztów wynagrodzenia nr 1 sporządzonej przez Zamawiającego w kolumnie „Koszty oszacowane przez Zamawiającego według wytycznych dla norm zatrudnienia, Zamawiający dokonał jedynie prostego przeliczenia kosztów jednostkowych robocizny przyjętych i oszacowanych przez Odwołującego przemnażając je przez swoją przyjętą na podstawie „wytycznych" (termin użyty przez Zamawiającego na potrzeby uzasadnienia odrzucenia oferty, nie mający nic wspólnego z jakimikolwiek krajowymi wytycznymi) ilość osób. Zamawiający na etapie postępowania nie stawiał jakichkolwiek WYMAGAŃ odnośnie ilości osób czy etatów na poszczególnych stanowiskach pracy. Nie narzucał też organizacji pracy.

W tym zakresie Zamawiającemu zostały zadane pytania (odpowiedzi na pytania z dnia 18 czerwca 2021 od nr 29 do nr 31). Trzykrotnie Zamawiający oświadczał, że nie interesuje go liczba etatów i organizacja pracy.

Biorąc powyższe pod uwagę, za błędne należy uznać stanowisko Zamawiającego, iż cena Odwołującego jest rażąco niska.

W dniu 20 sierpnia 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: CitoNet - Warszawa Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 9 września 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 9 września 2021 r. na posiedzeniu Odwołujący oraz Przystępujący złożyli pisma

procesowe w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika Postępowania na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1

ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: CitoNet - Warszawa Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia

faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku art.117 ust. 3 i 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp - wobec uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą, w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy i nie narusza art. 117 ust. 3 i 4 Pzp, albowiem Odwołujący wyjaśnił, który z członków konsorcjum spełnia warunek udziału w zakresie doświadczenia i że podmiot ten będzie wykonywał, tą część zamówienia bezpośrednio w całości;

- poprzez stawianie innych wymagań, w zakresie art. 117 ust 3 i 4 Pzp wobec Odwołującego, którego członkiem konsorcjum jest włoska spółka, niż pozostałym wykonawcom, których członkowie konsorcjum są wykonawcami polskimi

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ) Rozdział V Zamawiający ustanowił następujące warunki:

V. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

1. W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1) zdolność do występowania w obrocie gospodarczym,

Zamawiający nie określa szczegółowych warunków w tym zakresie.

2) uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile

wynika to z odrębnych przepisów,

Zamawiający nie określa szczegółowych warunków w tym zakresie.

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

Zamawiający nie określa szczegółowych warunków w tym zakresie.

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Warunek udziału dotyczący zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli

Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat lub jeżeli okres wykonywania

działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał (zakończył; rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej) lub wykonuje co najmniej 2 usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego na kwotę nie mniejszą niż 1.500.000,00 PLN brutto każda (każda usługa w ramach odrębnej umowy). Usługi winny być realizowane w sposób ciągły, tj. nieprzerwanie przez okres co najmniej 18 miesięcy.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w pkt. 1 ppkt. 2) SWZ, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden

z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia

do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w pkt. 2 i 3, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni Wykonawcy. Wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 7 do SWZ.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 7 do SWZ wykonawca składa oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy przez nw. wymienionych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Wykonawca winien wskazać nazwę/firmę, adres (ulicę, kod, miejscowość) oraz KRS/NIP wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się zamówienie - jako wykonawca, oraz złożyć stosowne oświadczenia, dotyczące warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ, zgodnie z treścią podaną we wzorze oświadczenia (Załącznik nr 7 do SWZ):

„4. Oświadczam(amy), że warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy określony

w pkt. .....SWZ* spełnia(ją) w naszym imieniu nw. wykonawca(y):

Nazwa / Firma Wykonawcy	Zakres robót budowlanych, dostaw lub usług, które będą realizowane przez tego wykonawcę

* Wskazać jednostkę redakcyjną SWZ w którym określono (sprecyzowano) dany warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący, jako wykonawca wspólnie ubiegający się zamówienia, łącznie z ofertą złożył oświadczenie zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SWZ, o następującej treści:

Nazwa / Firma Wykonawcy	Zakres robót budowlanych, dostaw lub usług, które będą realizowane przez tego wykonawcę
Servizi Ospedalieri S.p.A.	Świadczenie usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego

Pismem z dnia 28 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania art. 117 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał: Zgodnie z treścią ww. przepisu „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych

lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane". Stosownie do złożonego przez Wykonawcę oświadczenia cała usługa w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji,

gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego będzie realizowana wyłącznie przez Servizi Ospedalieri S.p.A.

W związku z siedzibą konsorcjanta poza terytorium RP wątpliwości Zamawiającego budzi sposób realizacji zamówienia orz zakres udziału w nim pozostałych konsorcjantów.
W szczególności Zamawiający wzywa do opisania sposobu wykonywania usługi w zakresie procesu dekontaminacji wyłącznie przez Servizi Ospedalieri S.p.A, tj. przez jego pracowników oraz pod jego nadzorem oraz ustalenia zakresu udziału w zamówieniu pozostałych konsorcjantów. Zamawiający wskazuje, że posłużenie się doświadczeniem jednego z konsorcjantów nie może mieć charakteru pozornego, ale w fazie realizacji zamówienia,

to właśnie ten podmiot bezpośrednio powinien świadczyć usługi, co musi być przedmiotem późniejszej weryfikacji Zamawiającego.

Pismem z dnia 29 lipca 2021 r. Odwołujący udzielił następującej odpowiedzi:

(...) Zamawiający postawił jeden szczegółowy warunek udziału w postępowaniu: warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy - zdolności technicznej lub zawodowej. Jeden z Wykonawców spełnił ten warunek.

Należy wskazać, że Wykonawca spełnił obowiązki nałożone na niego przez przepisy P.z.p oraz treść SWZ sporządzonego przez Zamawiającego oraz zastosował się do dyspozycji art. 117 ustawy P.z.p. Wykonawca dołączył do oferty oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 - wypełnione zgodnie ze wzorem załącznika 7 do SWZ, w którego treści wskazał, jakie warunki udziału spełnia oraz podmiot, który będzie realizował główny zakres usługi.

Wykonawcy w oświadczeniu precyzyjnie określili, że warunek określony w Rozdziale V pkt. 1, ppkt 4), dotyczący doświadczenia wykonawcy w zakresie świadczenia usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego spełnia Servizi Ospedalieri S.p.A i w tym zakresie będzie realizował zamówienie.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu dotyczącej Zamówień Publicznych oświadczenie

złożone do oferty w rozumieniu art. 117 ust. 4 P.z.p służy wyłącznie ustaleniu przez zamawiające go sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy zdecydowali się na wspólne złożenie oferty w postępowaniu, (tak: w PZP Komentarz Urząd Zamówień Publicznych Hubert Nowak, Mateusz Winiarz s. 453-454)

Wykonawca wywiązał się zatem ze swojego obowiązku potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i kto będzie realizował główny przedmiot zamówienia. Wykonawca oświadcza, iż nie wskazał w treści oferty, iż będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego. Servizi Ospedalieri S.p.A. w sposób bezpośredni, osobiście uczestniczył będzie w realizacji zamówienia w zakresie wskazanym w oświadczeniu złożonym w ofercie tj. uzupełnionego załącznika nr 7 do SWZ.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2021 r. „ZAWIADOMIENIE O WYNIKU POSTĘPOWANIA" Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, przywołując powyższe wezwanie i pismo wyjaśniające Odwołującego, że w odpowiedzi Wykonawca nie ustosunkował się

merytorycznie do wezwania wskazując jedynie, że „Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu dotyczącej Zamówień Publicznych oświadczenie złożone do oferty w rozumieniu art. 117 ust. 4 P.z.p służy wyłącznie ustaleniu przez zamawiającego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy zdecydowali się na wspólne złożenie oferty w postępowaniu. Wykonawca wywiązał się zatem ze swojego obowiązku potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i kto będzie realizował główny przedmiot zamówienia. Wykonawca oświadcza, iż nie wskazał w treści oferty, iż będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego. Servizi Ospedalieri S.p.A. w sposób bezpośredni, osobiście uczestniczył będzie

w realizacji zamówienia w zakresie wskazanym w oświadczeniu złożonym w ofercie tj. uzupełnionego zamówienia w zakresie wskazanym w oświadczeniu złożonym w ofercie tj. uzupełnionego załącznika nr 7 do SWZ. załącznika nr 7 do SWZ".

Wskazać należy, że Wykonawca błędnie odniósł się do treści art. 117 ust. 4 Pzp, który stanowi jedynie o konieczności złożenia oświadczenia z którego ma wynikać, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Z kolei wezwanie Zamawiającego dotyczyło treści art. 117 ust. 3 Pzp, który stanowi novum w przepisach regulujących proces udzielania zamówień publicznych, a który zakresowo praktycznie pokrywa się z art. 118 ust 2

Pzp, zgodnie z którym „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane".

Jak wskazuje się w doktrynie „Ograniczenie to dotyczy zwłaszcza, choć nie wyłącznie, zdolności w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, o ile przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane lub usługi. W myśl art. 118 ust. 2 Pzp wykonawca może powołać się na wymienione zdolności podmiotu trzeciego, jeśli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że w takich sytuacjach podmioty wspierające wykonawcę muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy. Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub szkoleniowym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu

w wykonanie zamówienia. Zapobiec ma to również wsparciu pozornemu jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez wykonawcę. Wyklucza to możliwość prostego „zsumowania" doświadczenia wykonawcy z doświadczeniem podmiotu trzeciego. Powinno się uwzględniać tylko doświadczenie tego przedsiębiorcy, który rzeczywiście, tj. w sensie technicznym, wykona część zamówienia, do której doświadczenie się odnosi" [tak: w PZP Komentarz Urząd Zamówień Publicznych red. H. Nowak, M. Winiarz s. 453] Wykonawca z tylko sobie wiadomych przyczyn zaniechał wyjaśnienia jak będzie wyglądał udział Servizi Ospedalieri S.p.A. w realizacji zamówienia ograniczając się do stwierdzenia, iż udział ten będzie „bezpośredni", jednocześnie nie precyzując - zgodnie z wymaganiami Zamawiającego - co ta „bezpośredniość" będzie w istocie oznaczać. Zamawiający ma prawo usuwać wszelkie wątpliwości jakie pojawiają się w trakcie badania i oceny ofert, a obowiązkiem Wykonawcy jest - o ile jego zamiarem jest realizacja zamówienia zgodnie z przepisami prawa - te wątpliwości wyjaśniać. Wskazania wymaga, że Zamawiający wyraźnie zaznaczył w treści swojego pisma jakie są jego oczekiwania co do bezpośredniej realizacji zamówienia, którym

to oczekiwaniom Wykonawca nie sprostał. Dodać jednocześnie trzeba, że Wykonawca mylnie założył, iż Zamawiający żądał stosownie do treści art. 59 Pzp umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (umowy konsorcjum), podczas gdy wezwanie Zamawiającego opierało się o wyjaśnienie w dowolnej formie w jaki sposób usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego będą wykonywane przez Servizi Ospedalieri S.p.A., aby uniknąć wszelkich wątpliwości co do ew.

treści przyszłego stosunku prawnego łączącego Strony i prób Wykonawcy omijania treści art. 117 ust. 3 Pzp przez różne rozumienie pojęcia „bezpośrednio". W szczególności Zamawiającemu zależało na potwierdzeniu, iż realizacja zamówienia będzie odbywała się przez pracowników Servizi Ospedalieri S.p.A. oraz pod jego nadzorem.

W konsekwencji powyższego, w związku z nieudzieleniem jednoznacznych wyjaśnień oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą, tj. z art. 117 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby, w oparciu o powyższy stan faktyczny zarzut Odwołującego jest w pełni uzasadniony.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 jako niezgodną z ustawą Pzp, tj. z art. 117 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią art. 117 ust. 3 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

To właśnie na taką okoliczność Zamawiający opracował wzór oświadczenia dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - stanowiący Załącznik nr 7 do SWZ, składany wraz z ofertą, a z którego ma wynikać, który z wykonawców spełnia warunek udziału w postępowaniu oraz zakres robót budowlanych, dostaw lub usług, które będą realizowane przez tego wykonawcę.

Odwołujący zgodnie z wymaganiami w SWZ (Rozdział V pkt 4) złożył oświadczenie, według wzoru opracowanego przez Zamawiającego. W treści oświadczenia wskazał wyraźnie, że warunek określony w Rozdziale V pkt 1, ppkt 4 SWZ spełnia w imieniu Odwołującego konsorcjant: Servizi Ospedalieri S.p.A., a zakres realizowany przez tego wykonawcę obejmuje świadczenie usług w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych lub sprzętu medycznego.

Pomimo złożonego oświadczenia, które w ocenie Izby zawierało jednoznaczne i precyzyjne informacje, których wymagał Zamawiający, Odwołujący został wezwany

do złożenia wyjaśnień treści oferty, odnośnie opisania sposobu wykonywania usługi w zakresie procesu dekontaminacji wyłącznie przez Servizi Ospedalieri S.p.A. przez jego pracowników oraz pod jego nadzorem oraz ustalenie zakresu udziału w zamówieniu pozostałych konsorcjantów. Jak wynika z uzasadnienia, wątpliwości Zamawiającego budził sposób realizacji zamówienia oraz zakres udziału w nim pozostałych konsorcjantów w związku z siedzibą włoskiego konsorcjanta poza terytorium RP. Jednocześnie Zamawiający podkreślił w treści wezwania, że cała usługa w zakresie procesu dekontaminacji będzie realizowana wyłącznie przez Servizi Ospedaleri S.p.A., co w sposób jednoznaczny potwierdza, iż

Zamawiający nie miał wątpliwości, który z wykonawców i w jakim zakresie będzie realizował przedmiot zamówienia. Ponadto, Odwołujący potwierdził powyższe, udzielając odpowiedzi, że Servizi Ospedalieri S.p.A. będzie w sposób bezpośredni, osobiście uczestniczył w realizacji zamówienia w zakresie wskazanym w oświadczeniu stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ.

Izba za niezasadne uznała stanowisko Zamawiającego, który na podstawie treści oświadczenia złożonego na druku stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ oraz powyższych wyjaśnień stwierdził, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy, tj. art. 117 ust. 3 Pzp oraz że oświadczenie to mogło mieć charakter pozorny. Niezasadne jest również stanowisko, że Odwołujący nie ustosunkował się merytorycznie do wezwania Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, iż Servizi Ospedalieri S.p.A. będzie realizował zamówienie w sposób bezpośredni oraz osobiście będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Nie znajduje poparcia w dokumentacji sprawy twierdzenie Zamawiającego, że Wykonawca tylko z sobie wiadomych przyczyn zaniecał wyjaśnienia jak będzie wyglądał udział włoskiego konsorcjanta w realizacji zamówienia, ograniczając się do stwierdzenia, iż udział ten będzie bezpośredni, jednocześnie nie precyzując - zgodnie z wymaganiami Zamawiającego - c o ta „bezpośredniość" będzie w istocie oznaczać. Z treści wezwania z dnia 28 lipca 2021 r. nie wynika, aby Zamawiający wymagał wyjaśnienia określenia „bezpośredniość". Twierdzenie Zamawiającego co najmniej mija się z prawdą, bowiem określenie co do realizacji zamówienia w sposób „bezpośredni" pojawia się po raz pierwszy dopiero w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 29 lipca 2021 r. Zamawiający nie mógł zatem w wezwaniu z dnia 28 lipca 2021 r. żądać wyjaśnienia informacji, które Odwołujący przekazał mu dopiero dzień później.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że ma on prawo do wyjaśnienia wątpliwości, które pojawiają się w trakcie badania i oceny ofert, jednakże wątpliwości te muszą być uzasadnione treścią oferty. W okolicznościach, w których Zamawiający sam potwierdził, w treści wezwania, że z oświadczenia Odwołującego wynika, że cała usługa w zakresie procesu dekontaminacji będzie realizowana wyłącznie przez konsorcjanta włoskiego, trudno dopatrywać się niezrozumienia tej treści.

Co więcej, oświadczenie o analogicznej treści w zakresie spełnienia doświadczenia określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt. 4 SWZ złożył Przystępujący, który również składał ofertę jako konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Ale w tym przypadku, Zamawiający nie miał wątpliwości, co do sposobu rozumienia treści oświadczenia, choć wartość merytoryczna obu oświadczeń była analogiczna.

W ocenie Izby, potwierdza to w sposób jednoznaczny, iż Zamawiający dokonując oceny obu ofert, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Co więcej, sam w wezwaniu przyznał, że cała usługa dekontaminacji będzie realizowana przez konsorcjanta włoskiego, jednak jego wątpliwości są spowodowane położeniem siedziby tego konsorcjanta, poza terytorium RP. Zatem Zamawiający dokonał odmiennej oceny treści analogicznych oświadczeń, w oparciu wyłącznie o siedzibę konsorcjanta Odwołującego położoną poza granicami RP,
co jest przejawem zachowania dyskryminującego i w sposób ewidentny naruszającego zasadę uczciwej konkurencji.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż jego oferta narusza art. 117 ust. 3 Ppz, jednakże w żadnym miejscu uzasadnienia odrzucenia oferty nie wskazuje na jakiej podstawie oparł twierdzenie, że konsorcjant włoski nie będzie wykonywał usług określonych warunkiem udziału w postępowaniu. Treść oferty Odwołującego oraz treść złożonych wyjaśnień nie daje żadnych podstaw do wyprowadzenia takich wniosków, wręcz przeciwnie jednoznacznie potwierdza, że całość realizacji przedmiotowego zakresu będzie realizowana przez włoskiego konsorcjanta, co również przyznał sam Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty z dania 28 lipca 2021 r.

Izba wskazuje, że nie niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku

z art. 117 ust. 4 Pzp. Okoliczność wskazana w treści ww. przepisu nie była podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Reasumując powyższe, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 117 ust. 3 Pzp, nie wykazując żadnych okoliczności potwierdzających, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią ustawy Pzp. Jedynym argumentem Zamawiającego jest okoliczność, że Odwołujący nie udzielił jednoznacznych wyjaśnień, co również nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Aby odrzucić ofertę wykonawcy jako niezgodną z ustawą, Zamawiający musi wyraźnie wskazać na czym niezgodność z ustawą polega, natomiast Zamawiający nie wykazał, że konsorcjant włoski nie będzie wykonywał zamówienia zgodnie z art. 117 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby taka okoliczność nie wynika ani z treści oferty ani ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Nie została również przez Zamawiającego wykazana ani potwierdzona.

Twierdzenie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, że wyjaśnienia Odwołującego potwierdziły, że konsorcjant będzie uczestniczył w realizacji zamówienia a nie wykonywał zamówienie, (co ma potwierdzać że nie będzie on wykonywał zamówienia), stoją w sprzeczności z treścią opracowanego przez Zamawiającego Załącznika nr 7 do SWZ, w którym Zamawiający sam posługuje się określeniem przy wskazaniu zakresu robót budowlanych, dostaw, usług, „które będą realizowane" a nie „wykowywane".

Odwołujący złożył ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, na jego drukach co do wymaganych oświadczeń, oraz złożył oświadczenie, którego treść jest zgodna z treścią art. 117 ust. 3 Pzp.

Wobec powyższego podniesiony zarzut jest w pełni zasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp 224 ust. 6 Pzp oraz 224 ust. 1 Pzp poprzez uznania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską, albowiem Odwołujący nie przedstawił wystarczających wyjaśnień w tej kwestii, w sytuacji gdy wyjaśnienia Odwołującego w pełni potwierdzają, że zaoferowana cena, jak i jej części składowe nie są ceną rażąco niską oraz w sytuacji gdy nie było żadnych podstaw do wezwania wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, albowiem cena Odwołującego jest ceną rynkową, Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

1. Konsorcjum: Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. - Lider,
Citonet-Warszawa Sp. z o.o. - Członek

ul. Żółkiewskiego 20/26 87-100 Toruń cena oferty - 17 250 223,20 PLN

2. Konsorcjum: STER-MED Sp. z o.o. - Lider,

TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o - Członek

ul. Płk. St. Dąbka 16 lokal A, 30-732 Kraków cena oferty - 12 704 612, 28 PLN

3. Konsorcjum: Naprzód Hospital Sp. z o.o., - Lider,

Servizi Ospedalieri S.p.A., - Członek
Izan + Sp. z o.o. - Członek

ul. Żabiniec 46 31-215 Kraków cena oferty - 13 566 905,19 PLN

W Rozdziale XI. SWZ - OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY OFERTY, w kpt 3

Zamawiający wskazał, że cna oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z Opisu przedmiotu zamówienia, jak również inne koszty wynikające z Projektowanych Postanowień Umowy.

Zamawiający nie wskazywał ilości osób ani ilości etatów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia.

W dniu 18 czerwca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców m. in. na pytania:

Treść pytania nr 29:

Jaka jest aktualna organizacja pracy (lub jakiej organizacji wymaga Zamawiający) od poniedziałku do piątku na zmianie zarówno dziennej jak i nocnej w poszczególnych strefach CS - prosimy o odp. w przykładowym schemacie:

- 1 osoba od godz. .. do godz. ..
- 2 osoba od godz.....do godz.....itp.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że wymaga wykonania usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego, 7 dni w tygodniu w tym w dni świąteczne.

Organizacja pracy, w tym obsada dyżurowa leży po stronie Wykonawcy.

Treść pytania nr 30:

Jaka jest aktualna organizacja pracy (lub jakiej organizacji wymaga Zamawiający) w soboty na zmianie zarówno dziennej jak i nocnej w poszczególnych strefach CS - prosimy o odp. w przykładowym schemacie

- 1 osoba od godz. .. do godz. ..
- 2 osoba od godz. .. do godz. .. itp.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że wymaga wykonania usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego, 7 dni w tygodniu w tym w dni świąteczne.

Organizacja pracy, w tym obsada dyżurowa leży po stronie Wykonawcy.

Treść pytania nr 31:

Jaka jest aktualna organizacja pracy (lub jakiej organizacji wymaga Zamawiający) w niedziele i święta na zmianie zarówno dziennej jak i nocnej w poszczególnych strefach

CS - prosimy o odp.

w przykładowym schemacie

- 1 osoba od godz. .. do godz. ..
- 2 osoba od godz. .. do godz. .. itp.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że wymaga wykonania usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt - narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego, 7 dni w tygodniu w tym w dni świąteczne.

Organizacja pracy, w tym obsada dyżurowa leży po stronie Wykonawcy.

W dniu 6 lipca 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wskazał, że cena oferty Odwołującego jest

1) w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, tj. kwoty 14.507.246,89 zł brutto jest niższa o 6,48%,

2) w odniesieniu do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług tj. kwoty 15.771.370,50 zł jest niższa o 13,98%.

W konsekwencji powyższego z uwagi na treść art. 224 ust. 1 Ustawy, specyfikę zamówienia oraz jego wysoki stopień skomplikowania Zamawiający ustala czy zaoferowana cena, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez

Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. (...) W celu udowodnienia, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest realna, Zamawiający prosi o szczegółową wycenę wszystkich elementów, które Wykonawca planuje wykorzystać przy realizacji niniejszego zamówienia, w szczególności, lecz nie wyłącznie poprzez wypełnienie poniższego formularza. Zamawiający załączył do wezwania formularz, który Odwołujący winien wypełnić. Formularz przewidywał podanie informacji o pracownikach, stanowiskach, ilości etatów, wynagrodzeniu.

Pismem z dnia 9 lipca 2021 r Odwołujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, wraz z wypełnioną tabelą według przekazanego wzoru oraz załącznikami jako dowodami. Treść wyjaśnień oraz załączników Odwołujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 28 lipca 2021 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wskazując:

Zgodnie z posiadaną przez Zamawiającego wiedzą, co do liczby osób zatrudnionych na obecnym etapie realizacji umowy wykonawcy dotychczas realizującego usługę sterylizacji u Zamawiającego, wątpliwości Zamawiającego budzi zdecydowanie mniejsza liczba osób wskazanych do realizacji usługi przedstawiona w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Wskazania wymaga, że wykonawca obecnie realizujący umowę wykonuje zamówienie ponad 40 osobami, podczas gdy Państwo jako wykonawca proponujecie o połowę mniejszy wolumen osobowy. (.)

Zamawiający wskazuje, aby wyjaśnienia Wykonawcy nie ograniczały się do lakonicznego kwestionowania braku wskazania przez Zamawiającego wymagań w zakresie ilości pracowników. Fakt, iż Zamawiający pozostawił Wykonawcy dowolność w tym zakresie, nie oznacza iż nie powinien on wycenić on tego aspektu zamówienia w taki sposób, który nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie.

Odwołujący pismem z dnia 29 lipca 2021 r. udzielił wyjaśnień, w których odniósł się do poprzednio udzielonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Dodatkowo podniósł, że Wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie w realizacji usługi odpowiadających zakresem przedmiotowi zamówienia, które gwarantuje wykonanie usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zaproponowana w ofercie cena jest realna i została skalkulowana rzetelnie. Uwzględnia wszystkie elementy kosztotwórcze, jakie Wykonawca poniesie z tytułu należytej i zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia ,w tym koszty pracownicze.

Sposób przygotowania oferty, kalkulacja wraz z formularzem cenowym - są również zgodne z przepisami P.z.p, SWZ, a także procedurami i standardami stosowanymi u Wykonawców, a przede wszystkim oparte są o wiedzę i doświadczenie Wykonawców wynikające z wieloletniej działalności na rynku usług medycznych.

Zamawiający natomiast powinien porównywać ofertę i jej cenę do warunków SWZ, a nie do sposobu realizacji poprzedniego zamówienia przez konkurencyjnego wykonawcę.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający wskazał, że wątpliwości Zamawiającego budziła mniejsza ilość osób przewidzianych do realizacji zamówienia, aniżeli obecnie realizująca zamówienie w ramach obowiązującej umowy. Dodać należy, że zakres zamówienia przewidziany do realizacji zamówienia w niniejszym postępowaniu jest tożsamy do zakresu realizowanego na rzecz Zamawiającego obecnie z jednoczesnym nieznacznym zwiększeniem ilości pakietów. Przykładowo w roku 2019 wysterylizowano 347 273 pakietów, podczas,

gdy w zamówieniu objętym niniejszym postępowaniem do wysterylizowania rocznie przewidziano około 378 280 pakietów, co wskazuje zatem na nieznaczne zwiększenie ilości w stosunku do dotychczasowych potrzeb. (.). Wskazania w dalszej kolejności wymaga, że Zamawiający do przeprowadzenia analizy w zakresie kosztów pracowniczych skorzystał zopracowania/wytycznych Polskiego Stowarzyszenia Sterylizacji Medycznej. Podkreślić

należy, że planując zatrudnienie w Centralnej Sterylizacji należy wziąć pod uwagę liczbę łóżek w Szpitalu, ilość sali operacyjnych, rodzaj wykonywanych zabiegów, ilości i jakość zestawów poddawanych procesom sterylizacji, sposób transportu do Centralnej Sterylizacji, zmianowość oraz czas potrzebny do wykonania zestawu.(.).

Pomimo, że nie funkcjonują normy prawne w odniesieniu do zatrudnienia w Centralnej Sterylizacji, Zespół Konsultantów Polskiego Stowarzyszenia Sterylizacji Medycznej określił wytyczne w przedmiotowej sprawie.

Po rozpatrzeniu czynników funkcjonalnych Centralnej Sterylizacji w celu wyliczenia norm zatrudnienia należy w ocenie ww. stowarzyszenia określić szacunkową ilość materiału sterylnego jaką należy wyprodukować, następnie określić średni czas potrzebny na przygotowanie pakietu, a potem podstawić do poniższego wzoru.

Na tej podstawie Zamawiający dokonał obliczenia ilości pracowników, która pozwala na prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, co w konsekwencji potwierdza, że oferta Odwołującego wskazujące mniejsza ilość pracowników zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W oparciu o powyższy stan faktyczny, Izba uznała zarzut za zasadny.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający kwestionuje ilość pracowników przewidzianą przez Odwołującego do realizacji zamówienie, a Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny odniósł się do ilości oferowanych etatów. Pozostałe elementy cenotwórcze nie zostały przez Zamawiającego zakwestionowane, co wskazuje na uznanie ich za prawidłowe.

Następnie wskazać należy, iż Odwołujący w odpowiedzi na drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odwołał się do wyjaśnień z dnia 9 lipca 2021 r. Nie można zatem twierdzić, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Ponadto, aby wykonawca mógł precyzyjnie odnieść się do wątpliwości Zamawiającego, pytanie, które zostaje mu zadane musi również być precyzyjne i jednoznaczne, tak aby wyeliminować możliwość odmiennej interpretacji. Zamawiający kierując drugie wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny, swoje wątpliwości zawarł w jednym zdaniu, tj. wnioskował o wyjaśnienie sposobu ustalenia składnika ceny odnoszącego się do ilości zatrudnionych osób. Poza tak ogólnym sformułowaniem wątpliwości, opartych wyłącznie o doświadczenie z obecnym wykonawcą,

bez wskazania konkretnych oczekiwań, którym Odwołujący miałby sprostać, w ocenie Izby odpowiedź Odwołującego mogła być uzasadniona i wystarczająca. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający kilkakrotnie w odpowiedziach na pytania do treści SWZ wskazywał że organizacja pracy, w tym obsada dyżurowa leży po stronie wykonawców. Nie określił minimalnej obsady osobowej, nie wskazał wymaganych stanowisk pracy ani nie przypisał im zakresów czynności. Przy tak nieokreślonych założeniach, braku jakichkolwiek wytycznych w tym zakresie oraz pozostawieniu organizacji pracy wyłącznie po stronie wykonawcy, każdy z wykonawców uprawniony był a nawet zobowiązany do jej określenia na podstawie własnego doświadczenia. Odwołujący wskazał te informacje w wyjaśnieniach z 9 lipca 2021 r., odwołał się do własnego doświadczenia przy realizacji podobnych zamówień, wskazał ilość osób zatrudnionych oraz konkretne etaty przekładające się na organizację pracy, jednakże z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, dalsze ich omawianie nie jest możliwe.

Izba wskazuje, że nieuzasadnione ze strony Zamawiającego jest porównywanie ilości etatów Odwołującego do ilości osób obecnie realizujących usługę, zwłaszcza w kontekście braku odpowiedzi ze strony Zamawiającego na pytania o aktualną organizację pracy. Ponadto, nie jest wiadome jaki zakres obowiązków przypisał pracownikom obecny wykonawca a także jaką przyjął organizację pracy na stanowiskach.

Ponadto, co wymaga podkreślenia, Zamawiający zarzuca Odwołującemu rażąco niską cenę oferty, opartą na zbyt małej ilości pracowników, której ilości sam nie określił w SWZ (nawet poprzez przyjęcie minimalnych danych, czy odniesienie się do obecnej ilości osób świadczących przedmiotową usługę), poprzez wyliczenie prawidłowej ilości pracowników na podstawie zaleceń Zespołu Konsultantów Polskiego Stowarzyszenia Sterylizacji Medycznej. Nigdzie

w treści SWZ ani w treści odpowiedzi na pytania wykonawców nie znalazło się odniesienie do tych wytycznych. Nie stanowią one - co wskazuje również Zamawiający - norm prawnych w odniesieniu do zatrudnienia w Centralnej Sterylizacji, a zatem nie mogą stanowić wiarygodnej podstawy oceny, potwierdzającej że oferta Odwołującego została błędnie skalkulowana.

Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską na podstawie danych, których nie zawarł w treści SWZ oraz założeń, które nie są prawnie wiążące. Natomiast Odwołujący nie był zobowiązany do określenia ilości etatów w oparciu o powyższe dane, bowiem informacji w tym zakresie Zamawiający nie zawarł w treści SWZ. Odwołujący dokonał wyliczeń w oparciu o własne doświadczenie, zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytania do treści SWZ.

Zarzut rażąco niskiej ceny jest niezasadny.

Izba za nieprzydatne dla sprawy uznała dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie, bowiem dotyczyły one oferty Przystępującego, która nie była przedmiotem odwołania.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: