Sygn. akt: KIO 993/16

WYROK
z dnia 30 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09.06.2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Clar System S.A. oraz Hospital Systemem Spółka z o.o.** z adresem do korespondencji ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gliwickie Centrum Medyczne Spółka z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. Kościuszki 29, 44-100 Gliwice** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługi kompleksowego utrzymania czystości w obiektach GCM" (znak 17/PN/16)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Izan+ Spółka z o.o., ul.** Żabiniec **46, 31-215 Kraków oraz Naprzód Spółka z o.o., ul.** Żabiniec **46, 31-215 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego i:

---

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Clar System S.A. oraz Hospital Systemem Spółka z o.o.** z adresem do korespondencji ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 993/16

Zamawiający – **Gliwickie Centrum Medyczne Spółka z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. Kościuszki 29, 44-100 Gliwice** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługi kompleksowego utrzymania czystości w obiektach GCM" (znak 17/PN/16).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 07.04.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 09.04.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie

do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 070-122637.

W dniu **30.05.2016 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia Izan+ Spółka z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków oraz Naprzód Spółka z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków.

Na powyższą czynności odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09.06.2016 r. wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia Clar System S.A. oraz Hospital System Spółka z o.o. z adresem do korespondencji ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań.
W ocenie Odwołującego Zamawiający:
1. zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, pomimo, że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ, czym został naruszony przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
2. zaniechał wezwania wykonawcy Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy istniały podstawy takiego wezwania, czym został naruszony przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

I. uwzględnienie odwołania w całości i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności Zamawiającego poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

w nakazanie

Zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny złożonych
postępowaniu ofert;
II. nakazanie Zamawiającemu:
1) odrzucenie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
2) wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
III. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż w pierwszej kolejności wskazuje, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, albowiem w przypadku jego uwzględnienia jego oferta zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Następnie wskazał, że w dniu 30.05.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W ocenie Zamawiającego, za ważną, nie podlegającą odrzuceniu i tę która uzyskała najkorzystniejszy bilans w ramach kryterium oceny ofert została uznana oferta wykonawcy Konsorcjum Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Z tym rozstrzygnięciem Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, nie można się zgodzić z następujących przyczyn.

I. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozdz. IV SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w części A - Zakres i warunki realizacji zamówienia, w punkcie 8. - Dodatkowe usługi niemedyczne podał w podpunkcie 8.3., iż: „W ramach uzupełniania środków higienicznych wykonawca zobowiązany jest do bieżącego uzupełniania lub wymiany następujących artykułów: (...)
• mydło płynne (mydło w kolorze białym) - przy każdym punkcie sanitarnym, we wszystkich jednostkach zamawiającego,
• preparat do częstego mycia rąk przeznaczony do stosowania w obszarze medycznym (bloki, OAilT, INK, gabinety zabiegowe, laboratorium, sterylizatornia), nie zawierający związków alkalicznych ani mydła, czysty mikrobiologicznie, o pH neutralnym 5,0 - 5,5” (podkr.

odwołującego).

Następnie w uzasadnieniu zostało wskazane, że zgodnie z punktem XII.2.2.8. SIWZ, do oferty każdy z wykonawców miał obowiązek załączyć „Wykaz środków chemicznych przewidzianych do realizacji zamówienia, według wzoru (zał. nr 5), zgodnych z wymogami (podkr. odwołującego) określonymi w siwz."

W pkt 14 i 15 załącznika nr 5 do SIWZ zostały zaś wskazane pola do wymieniania nazw handlowych środka, producenta oraz opisu działania/charakterystyki mydła w płynie i środka do częstego mycia rąk.

Zdaniem Odwołującego, co prawda, Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa część oferty obejmującą wykaz środków, niemniej częścią jawną oferty tego wykonawcy pozostały następujące ulotki:
- mydła Soft Line (kolor cieczy w ulotce - perłowy);
- mydła Roko Hygiene kosmetyczne białe;
- Manisoft;
- Sterisol Liquid Soap;
- S&M® (emulsja myjąca);
- Seraman Sensitive Foam.
Ulotki te zostały podpisane przez pełnomocnika powyższego wykonawcy, który podpisał także ofertę.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, iż w dniu 27 kwietnia 2016 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 15 jednego z wykonawców:
Pytanie nr 15: „Czy Wykonawca może zaproponować dodatkowe preparaty chemiczne niezbędne do prawidłowej realizacji usługi, poza wyszczególnionymi w zał. nr 5 do SIWZ? "
Odpowiedź: „Tak, ze wskazaniem przeznaczenia".

Następnie Odwołujący podniósł, że z kolei dnia 4 maja 2016 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 3 jednego z wykonawców: Pytanie nr 3: „Dotyczy Wykazu Środków - Zamawiający określa w kolumnie 3, po 2 pozycje:
1. - preparat/środek podstawowy
2. - preparat/środek dodatkowy (zastępczy)
Prosimy o doprecyzowanie co Zamawiający rozumie pod pojęciem „preparat/środek dodatkowy (zastępczy) " ? "
Odpowiedź:

„Wykaz środków chemicznych stanowić będzie załącznik do umowy. W trakcie realizacji umowy może okazać się, że np. producent wycofał się z produkcji danego środka lub z innych względów wykonawca nie może z niego korzystać. W takiej sytuacji wykonawca może stosować środek zastępczy, bez konieczności uzyskania zgody zamawiającego. Nie podanie środka zastępczego jest ryzykiem wykonawcy, gdyż zmiana środka lub wprowadzenie nowego wymaga udowodnienie przez wykonawcę, że spełnia on wymogi zamawiającego (podk. odwołującego), uzyskania zgody zamawiającego i podpisania aneksu do umowy. Jeżeli wykonawca w załączniku wskaże tylko jeden podstawowy środek dla danej czynności/ przeznaczenia nie będzie to traktowane jako nie spełnienie wymogów zamawiającego ".

Zdaniem Odwołującego jak zatem wynika z powyższego, każdy środek oferowany przez wykonawców musi spełniać wymogi określone przez Zamawiającego. Analogiczna reguła jest wyrażona w § 5 ust. 3 wzoru umowy, gdzie przyjęto, że „Wykonawca zobowiązany jest do stosowania środków chemicznych i sprzętu określonego w ofercie (Załącznik nr 3 i 4 do umowy)".

W dalszej części uzasadnienia wskazano, iż przekładając powyższe na okoliczności niniejszej sprawy, zważyć trzeba, że jednym ze środków zaoferowanych przez wykonawcę Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jest preparat Sterisol Liquid

Soap. Preparat ten nie spełnia zaś określonego przez Zamawiającego wymogu w zakresie poziomu pH (5,0 - 5,5). Z załączonych do niniejszego odwołania dowodów wynika bowiem, że preparat ten posiada poziom pH nie niższy niż 8.
Na powyższą okoliczność Odwołujący wskazał na dowody w postaci:
- informacja o poziomie pH preparatu Sterisol Liquid Soap od jego producenta, tj. Medilab Sp. z o.o. (pH 8,4-8,9) - korespondencja mailowa;
- karta charakterystyki z 2011 r. (pH 8,4-8,9),
- świadectwa analityczne z 2013 i 2016 (pH 8,4-8,9) wraz z tłumaczeniem na język polski.

Zdaniem Odwołującego powyższej okoliczności, mającej przecież istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający nie powinien był zignorować. Mając zatem na uwadze treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z którego wynika obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w ocenie Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego tego przepisu uznać należy za uzasadniony.

II. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podniósł, że Zamawiający, wbrew dyspozycji wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie wezwał wykonawcy Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z

o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z kalkulacji cenowej dokonanej przez odwołującego wynika bowiem, iż do realizacji przedmiotu zamówienia w minimalnym zakresie określonym szczegółowo w SIWZ potrzebne jest zapewnienie przez Wykonawcę 56,25 etatu. Z utrwalonego orzecznictwa KIO (np. wyrok z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie KIO 47/15, a także z art. 69 ust. 2 lit d) w zw. z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r.) wynika zaś, że przy ocenie, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska należy, w zakresie kosztów pracy, opierać się na wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego zgodnie z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, niezależnie od formy prawnej przy pomocy której personel wykonawcy będzie zatrudniony przy realizacji zamówienia publicznego.
Zdaniem Odwołującego mając na uwadze powyższe, przyjmując zatrudnienie personelu wykonawcy na poziomie 56,25 etatu na podstawie umowy o pracę z zachowaniem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę (1.850 zł), stwierdzić trzeba, że suma jedynie miesięcznych kosztów osobowych wykonawcy (włącznie z kosztami pracodawcy, aczkolwiek bez zastępstw urlopowych i kosztów zatrudnienia kierownika i jego zastępcy) wynosi kwotę 125.114,34 zł. Jest to kwota nie opodatkowana podatkiem od towarów i usług, od którego zwolnienie w niniejszym postępowaniu nie przysługuje.

Zatem w ocenie Odwołującego miesięczne wynagrodzenie wykonawcy Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wynosi zaś kwotę brutto 124.000,00 zł. i zważywszy na przedmiot zamówienia publicznego objętego niniejszym postępowaniem, jego zakres, sposób wykonywania określony w SIWZ, oczywistym jest, że koszty osobowe nie stanowią jedynych kosztów jakie wykonawca musi ponieść w związku z realizacją usług objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym. W tym kontekście Odwołujący wskazuje na to, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma być zawarta na okres 36 miesięcy, a do obowiązków wykonawcy należy m.in.:

a) wyposażenie swojego personelu w sprzęt, narzędzia, materiały i środki zgodne z

obowiązującymi przepisami, o funkcjonalności, jakości i w ilości gwarantujących prawidłowe świadczenie usług objętych zamówieniem (pkt IV część G pkt 1 SIWZ);
b) sprzęt do sprzątania musi być dostosowany do specyfiki jednostki, rodzaju i liczby pomieszczeń. Sprzęt do sprzątania ma zapewnić skuteczne i szybkie usuwanie zanieczyszczeń (pkt IV część C pkt 2 SIWZ);
c) Zamawiający wymaga, by wykonawca dysponował wymienionym poniżej sprzętem:
- wózki serwisowe,
- wózki serwisowe do metody „mopa jednego kontaktu" (bezwiadrowe),
- wózki serwisowe do sprzątania izolatek,
- mopy z nakładkami, ściereczki,
- odkurzacze do pracy na sucho i mokro, w tym do zbierania wody,
- maszyna do zdzierania i nakładania polimerów, maszyna do polerowania polimerów,
- wózki transportowe - transport odpadów, transport materiałów i środków z Apteki i Działu Zaopatrzenia, transport brudnej bielizny,
- drabiny,
- urządzenia do mycia powierzchni parą.

Sprzęt musi być sprawny i w dobrym stanie technicznym (pkt IV część C pkt 3 SIWZ);
d) poszczególne jednostki muszą mieć przyporządkowane wózki serwisowe (pkt IV część C pkt 4 SIWZ);
e) nakładki na mopy powinny być bawełniane z dodatkiem poliestru, mikrofazy lub włókna ceramicznego. Nakładki na mopy i ściereczki po użyciu należy przekazać do prania i dezynfekcji (pkt IV część C pkt 5 SIWZ);
f) ściereczki powinny być wysokochłonne, odporne na działanie preparatów chemicznych (myjących i dezynfekujących) i wytrzymałe fizycznie. Podczas użytkowania nie powinny zmieniać koloru. Należy używać ścierek zróżnicowanych kolorystycznie:
- ściereczka czerwona - sanitariaty, WC, brudowniki z wyposażeniem, kosze na odpady - medyczne i komunalne;
- ściereczka niebieska - wyposażenie gabinetów zabiegowych, sal opatrunkowych, pokojów badań, laboratorium, strony czystej Centralnej Sterylizatomi;
- ściereczka zielona - wyposażenie kuchni;
- ściereczka żółta - pozostałe (pkt IV część C pkt 6 SIWZ);
g) pkt IV część D SIWZ zawiera zaś wymagania Zamawiającego w zakresie środków chemicznych.

Jak wskazał Odwołujący powyższe stanowi wyliczenie tylko przykładowe.

W ocenie Odwołującego wynika z powyższego, że prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga posiadania przez wykonawcę powyższych urządzeń, narzędzi, maszyn i środków. To zaś implikuje w każdym przypadku - niezależnie od formy dysponowania nimi - poniesienia określonych kosztów. Przy czym - co warto podkreślić - nie mają to być dowolne, w zakresie jakości i parametrów, urządzenia, narzędzia, maszyny i środki. Zamawiający bowiem w SIWZ wyraźnie określa ich funkcjonalności, przeznaczenia i wymóg, że mają być sprawne i w dobrym stanie technicznym.

Jak wskazano w uzasadnieniu odwołania mając na względzie powyższe uznać należy, iż wobec okoliczności, że w przypadku wykonawcy Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. już tylko koszty pracy, oszacowane zgodnie z przyjętą w orzecznictwie KIO wykładnią przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przewyższają wartość miesięcznego wynagrodzenia tego wykonawcy, Zamawiający powinien powziąć wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymogami (i w zakresie rażąco niskiej ceny), i wezwać wykonawcę Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. do wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zatem w ocenie Odwołującego dopiero wyjaśnienia uzyskane na skutek zastosowania trybu określonego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pozwolą Zamawiającemu dokonać szerokiej i pełnej oceny w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. Przy czym jak wskazała KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2015 r.

(sygn. KIO 1538/15; KIO 1548/15; KIO 1549/15): „Samo wyspecyfikowanie w treści wyjaśnień rodzaju kosztów nie stanowi wiarygodnego źródła weryfikacji realności zaproponowanej ceny. Wykonawca winien przedstawić szczegółową analizę wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika. Jest to istotne z tego powodu, że „to wykonawca ma dowieść zamawiającemu, iż zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W obecnym stanie prawnym ten pogląd został usankcjonowany w art. 90 p.z.p. Powyższe wskazuje na ciężar dowodowy leżący po stronie wykonawcy. Nie oznacza to jednak ani nigdy nie oznaczało, że wezwanie wykonawcy do wyjaśnień powoduje powstanie po jego stronie domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, domniemanie jest bowiem inną instytucją prawa, choć w konsekwencji też wskazuje na rozkład ciężaru dowodu. Żądanie wyjaśnień przez zamawiającego co najwyżej powoduje, iż wykonawca może "domniemywać", że zamawiający rozważa odrzucenie jego oferty i to odrzucenie nastąpi, jeśli zamawiający nie uzyska

satysfakcjonujących go wyjaśnień” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. KIO 2179/14).

Na zakończenie Odwołujący podniósł, że wobec powyższego zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie należy uznać za uzasadniony.

Zamawiający pismem z dnia 17.06.2016 r. uwzględnił w całości zarzuty podniesione przez odwołującego i wniósł o umorzenie odwołania oraz w przypadku złożenia sprzeciwu przez konsorcjum Izan+ Spółka z o.o. oraz Naprzód Spółka z o.o. wniósł o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, powiększonego o koszty dojazdu stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Przystępujący Izan+ Spółka z o.o. oraz Naprzód Spółka z o.o. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia ewentualnego sprzeciwu na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu pismem z dnia 21.06.2016 r. wniósł sprzeciw oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, iż jego oferta jest ofertą poprawną pod względem treści, zaś w zakresie drugiego z zarzutów wskazał, iż zamawiający nie był zobligowany do badania oferty przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny, gdyż cena oferty nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia i nie jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechaniu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w

odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji w oparciu o kryteria oceny ofert. W ramach odwołania podniósł on zarzuty skierowane wobec wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana jako najkorzystniejsza, zmierzając do wyeliminowania z postępowania tego wykonawcy i złożonej przez niego oferty, zatem w przypadku uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Nadto Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o niedopuszczenie Przystępującego jako uczestnika postępowania odwoławczego, ze względu na wadliwość pełnomocnictwa. Zdaniem Odwołującego z tego dokumentu nie wynika, że osoba która podpisała przystąpienie, jest uprawniona do reprezentowania obu członków konsorcjum. Izba w tym miejscu wskazuje, iż zarówno okoliczności złożenia przedmiotowego przystąpienia, jak również treść pełnomocnictwa nie pozostawiają wątpliwości, w jakim celu i w imieniu których podmiotów zostało zgłoszone przystąpienie. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, z domniemaniem udzielenia prawa do substytucji. Wynika to z faktu, iż pełnomocnictwo udzielone dla lidera konsorcjum jest w tym zakresie jednoznaczne. Pozostałe okoliczności zaś wskazują z jaką intencją i w czyim imieniu zgłoszone zostało przystąpienie, które uznać należy za skuteczne.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba dopuściła również dowody zawnioskowane przez Odwołującego (w odwołaniu oraz w trakcie rozprawy) w postaci kart charakterystyki preparatu Sterisol Liquid Soap, jak również złożoną w trakcie rozprawy przez Odwołującego kalkulację wynagrodzenia – traktując ten ostatni dokument jako oświadczenie własne Odwołującego. Izba uwzględniła również dołączone przez Przystępującego do pisma procesowego z dnia 27.06.2016 r. dowody z dokumentów. 11

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr 1 Izba opierając się na dokumentacji postępowania odwoławczego dokonała następujących ustaleń faktycznych:

Zamawiający w rozdz. IV SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w części A - Zakres i warunki realizacji zamówienia, w punkcie 8. - Dodatkowe usługi niemedyczne podał w podpunkcie 8.3., iż: „W ramach uzupełniania środków higienicznych wykonawca zobowiązany jest do bieżącego uzupełniania łub wymiany następujących artykułów:
(...)
• mydło płynne (mydło w kolorze białym) - przy każdym punkcie sanitarnym, we wszystkich jednostkach zamawiającego,
• preparat do częstego mycia rąk przeznaczony do stosowania w obszarze medycznym (bloki, OAilT, INK, gabinety zabiegowe, laboratorium, sterylizatornia), nie zawierający związków alkalicznych ani mydła, czysty mikrobiologicznie, o vH neutralnym 5,0 + 5,5” (podkr. odwołującego).

Zgodnie z punktem XII.2.2.8. SIWZ, do oferty każdy z wykonawców miał obowiązek załączyć „Wykaz środków chemicznych przewidzianych do realizacji zamówienia, według wzoru (zał. nr 5), zgodnych z wymogami określonymi w siwz.”

W pkt 14 i 15 załącznika nr 5 do SIWZ zostały wskazane pola do wymieniania nazw handlowych środka, producenta oraz opisu działania/charakterystyki mydła w płynie i środka do częstego mycia rąk.

W częścią jawnej oferty Przystępującego została dołączona m.in. ulotka preparatu Sterisol Liquid Soap.

W dniu 27 kwietnia 2016 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 15 jednego z wykonawców: (pytanie nr 15): „Czy Wykonawca może zaproponować dodatkowe preparaty chemiczne niezbędne do prawidłowej realizacji usługi, poza wyszczególnionymi w zał. nr 5 do SIWZ? ”
Odpowiedź:„ Tak, ze wskazaniem przeznaczenia”.

W dniu 4 maja 2016 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 3 jednego z wykonawców: Pytanie nr 3: „Dotyczy Wykazu Środków - Zamawiający określa w kolumnie 3, po 2 pozycje:
1. - preparat/środek podstawowy
2. - preparat/środek dodatkowy (zastępczy)
Prosimy o doprecyzowanie co Zamawiający rozumie pod pojęciem „preparat/środek dodatkowy (zastępczy) ” ? ”

Odpowiedź: „Wykaz środków chemicznych stanowić będzie załącznik do umowy. W trakcie realizacji umowy może okazać się, że np. producent wycofał się z produkcji danego środka lub z innych względów wykonawca nie może z niego korzystać. W takiej sytuacji wykonawca może stosować środek zastępczy, bez konieczności uzyskania zgody zamawiającego. Nie podanie środka zastępczego jest ryzykiem wykonawcy, gdyż zmiana środka lub wprowadzenie nowego wymaga udowodnienie przez wykonawcę, nie spełnia on wymogi zamawiającego, uzyskania zgody zamawiającego i podpisania aneksu do umowy. Jeżeli wykonawca w załączniku wskaże tylko jeden podstawowy środek dla danej czynności/ przeznaczenia nie będzie to traktowane jako nie spełnienie wymogów zamawiającego ”.

W § 5 ust. 3 wzoru umowy, przyjęto, że „Wykonawca zobowiązany jest do stosowania środków chemicznych i sprzętu określonego w ofercie (Załącznik nr 3 i 4 do umowy)”.

Izba w kontekście zarzutu nr 1 uwzględniła również dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci: informacja o poziomie pH preparatu Sterisol Liquid Soap od jego producenta, tj. Medilab Sp. z o.o. (pH 8,4-8,9) - korespondencja mailowa; karty charakterystyki z 2011 r. (pH 8,4-8,9), świadectwa analityczne z 2013 i 2016 (pH 8,4-8,9) wraz z tłumaczeniem na język polski oraz kart produktu Sterisol Liquid Soap złożonych w toku rozprawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 124.000 zł brutto miesięcznie.

Izba ustaliła ponadto, iż w części oferty Przystępującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa znajduje się tabela zatytułowana „Wykaz środków chemicznych” sporządzona w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ, gdzie zostało wymienione w kwestionowanych pozycjach nr 14 i 15 odpowiednio preparaty Soft Line i Manisoft oznaczone nr 1 (jako preparat/środek podstawowy) oraz odpowiednio Roko Hygiene R-015B i S&M emulsja myjąca oznaczone nr 2 (jako preparat/środek dodatkowy (zastępczy)). Następnie w tej samej części niejawnej oferty Przystępującego znajduje się dalsza części tabeli zatytułowana ”Pozostałe preparaty” sporządzona bez przypisania środkom cech jako preparat/środek podstawowy i dodatkowy (zastępczy), w której to części został ujęty preparat Sterisol Liquid Soap.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak również stanowiska stron oraz przystępującego doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym

samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesiony w treści odwołania zarzut w postaci art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek dołączenia do oferty Przystępującego ulotki preparatu Sterisol Liquid Soap, w związku z którą Odwołujący podniósł, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż preparat ten nie posiada odczynu pH zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie powyższego za racjonalne i wiarygodne, a tym samym zasługujące na uwzględnienie, należy uznać wyjaśnienia Przystępującego zawarte w złożonym na rozprawie piśmie procesowym z dnia 27.06.2016 r. o ujęciu kwestionowanego przez Odwołującego preparatu Sterisol Liquid Soap jako środka przeznaczonego do części niemedycznej. Powyższe wyjaśnienia bowiem korespondują ze sposobem ujęcia zaoferowanych preparatów w treści oferty (w części objętej jako tajemnica przedsiębiorstwa). Otóż Przystępujący w pierwszej części tabeli zatytułowanej „Wykaz środków chemicznych" sporządzonej w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ wymienił w kwestionowanych pozycjach nr 14 i 15 odpowiednio preparaty Soft Line i Manisoft oznaczając je numerem 1 (jako preparat/środek podstawowy – zgodnie z zwartym pod tabelą wyjaśnieniem) oraz odpowiednio Roko Hygiene R-015B i S&M emulsja myjąca oznaczając je nr 2 (jako preparat/środek dodatkowy (zastępczy) – zgodnie z zawartym pod tabelą wyjaśnieniem). Następnie w tej samej części

niejawnej oferty Przystępującego znajduje się dalsza części tabeli zatytułowana "Pozostałe preparaty" sporządzona bez przypisania ujętym w niej środkom takich cech jak: preparat/środek podstawowy i dodatkowy (zastępczy), w której to części dopiero został ujęty kwestionowany w odwołaniu preparat Sterisol Liquid Soap. Tym samym nie sposób uznać, iż Przystępujący przypisał ten preparat do wskazanych powyżej dwóch grup (jako preparat/środek podstawowy i dodatkowy (zastępczy) i wykorzystywany tym samym w części medycznej obiektów przewidzianych do sprzątania). Choć intencje takiego właśnie sposobu sporządzenia tabeli i ujęcia w części tabeli zatytułowanej „Pozostałe preparaty" innych środków nie są do końca jasne nie mogą one, w ocenie Izby, stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a tym samym do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie wskazać należy, iż tego typu nieścisłości w konstruowaniu oferty (obejmujące sporządzanie dodatkowych załączników, rozbudowywanie już istniejących o własne pozycje, czy też dołączanie dokumentów nie wymaganych w SIWZ) często stanowią powód trudności w ocenie i badaniu ofert. Winny być one podstawą do stosowania przez podmioty zamawiające instytucji uregulowanej w treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania nie uczynił. Dopiero w ramach postępowania odwoławczego Przystępujący wyjaśnił, iż preparat Sterisol Liquid Soap został wskazany jako pozostały preparat i będzie przez niego stosowany w obszarze niemedycznym.

2. W drugiej kolejności Izba wskazuje, iż podniesiony w treści odwołania zarzuty w postaci art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obejmujący brak wezwania do złożenia wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny pomimo istnienia uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazać bowiem należy, iż w okolicznościach niniejszej sprawy (tj. przy zarzucie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) ciężar dowodu istnienia okoliczności obligujących Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień spoczywa na Odwołującym. Wnoszący odwołanie winien bowiem wskazać, iż istnieją ważkie okoliczności przemawiające za tym, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień jest konieczne dla prawidłowego przebiegu postępowania. W niniejszej sprawie Odwołujący, choć sporządził własną kalkulację ceny, jednak Izba, w kontekście stanowiska Zamawiającego i Przystępującego dotyczącego obecnie realizowanej usługi, wskazuje, że mogą istnieć okoliczności pozytywne przesądzające o braku podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący opierając się na kalkulacji własnej, przy wyliczeniu ilości etatów niezbędnych w jego ocenie dla realizacji usługi (wyrażonych liczbą 56,25) uznał, iż przy uwzględnieniu wynikającego z

przepisów wynagrodzenia minimalnego kwota kosztów pracowniczych konsumuje całe wynagrodzenie Przystępującego.

Izba wskazuje, iż okoliczność, że ustawodawca w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawarł precyzyjnego i sztywnego dookreślenia przesłanek stosowania tego przepisu (a więc pozostawił organom stosującym ten przepis pewien luz decyzyjny) przesądza o tym, że nie może on stanowić podstawy do traktowania ujętej tam instytucji jako formalnego (i tym samym obligatoryjnego) elementu procedury o udzielenie zamówienia publicznego - nie taka jest bowiem rola tego przepisu. Wszakże konieczności wezwania do złożenia wyjaśnień w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie można rozumieć w ten sposób, iż winien on być stosowany każdorazowo wobec najkorzystniejszej cenowo oferty przed dokonaniem jej wyboru. Wykładnia celowościowa przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma wszakże zmierzać do eliminowania ofert, w których zaoferowano cenę uniemożliwiającą realizację przedmiotu zamówienia, a nie wszczynanie procedury wyjaśniania każdorazowo wobec oferty z najniższą ceną z nadzieją, że wykonawcy temu nie uda się złożyć wyjaśnień i dowodów satysfakcjonujących intencjonalnie zainteresowane podmioty. Przepis ten nie stoi również na przeszkodzie do uznania, jak wyżej wskazano, że mogą istnieć argumenty stojące na przeszkodzie takiemu wezwaniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie tylko nie ziściła się żadna z przesłanek związanych z odstępstwem badanej oferty (z ceną wynoszącą 124.000 zł brutto/miesięcznie) o 30% od wartości szacunkowej (wynoszącej wg oświadczenia Zamawiającego i Przystępującego 111.000 zł z podatkiem VAT i stanowiącej jednocześnie kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia), czy też średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert (wynoszącej 138.492,44 zł brutto/miesiąc), lecz ponadto istnieją okoliczności przemawiające za tym, iż realizacja usługi jest możliwa za kwotę wskazaną w ofercie Przystępującego. Jak bowiem wskazał na etapie rozprawy Zamawiający, przy potwierdzeniu tego faktu przez Przystępującego, których to okoliczności Odwołujący nie kwestionował, obecnie realizowana przez Przystępującego usługa sprzątania jest wynagradzana na poziomie 108.000 zł brutto/miesięcznie. Kwota ta, jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego, została ustalona od 1 stycznia 2016 r. w związku z waloryzacją wynagrodzenia Przystępującego i gwarantuje ona należytą realizację przedmiotowej usługi. W ocenie Izby, w kontekście niepopartego żadnymi dowodami stanowiska Odwołującego wyrażonego w zaprezentowanej kalkulacji (a za takie stanowisko należy uznać ten dokument), jest to argument przemawiający za koniecznością oddalenia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ma bowiem sprawniejszej metody weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny niż weryfikacja w drodze empirycznej – z jaką w niniejszym przypadku mamy do czynienia.

Usługa kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Gliwickiego Centrum Medycznego Spółka z o.o. jest bowiem realizowana obecnie za kwotę niższą niż zaoferowana przez Przystępującego (tj. za kwotę 108.000 zł brutto miesięcznie) i jak wynika z oświadczenia Zamawiającego jest realizowana w sposób należyty.

Nadto, jak wskazał Przystępujący w toku rozprawy, Odwołujący w swojej kalkulacji nie uwzględnił okoliczności, iż do realizacji przedmiotowej usługi wykorzystuje on osoby niepełnosprawne korzystając z tego tytułu z dofinansowania na podstawie art. 26 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji osób niepełnosprawnych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z

uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego złożonego przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie ze względu na brak udokumentowania poniesionych kosztów zgodnie z treścią § 3 ust. 2 lit. a) i b) ww. rozporządzenia. Zamawiający w powyższym piśmie wskazał, iż w przypadku złożenia sprzeciwu przez konsorcjum Izan+ Spółka z o.o. oraz Naprzód Spółka z o.o. wnosi o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, powiększonego o koszty dojazdu stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Przewodniczący: