

WYROK
z dnia 10 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Izan + Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków (lider konsorcjum), 2) Naprzód Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, 3) Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej, ul. Karowa 2, 00-315 Warszawa,**

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań (lider konsorcjum), (2) Hospital System Sp. z o.o., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań,**
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Ever Grupa Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa (lider konsorcjum), (2) Propel System Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa**
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Zamawiającemu** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności badania i oceny ofert, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Clar System S.A., (2) Hospital System Sp. z o.o.,** w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, a w przypadku gdy złożone wyjaśnienia nie będą potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu – wezwanie wykonawcy w trybie

1

art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem konsekwencji wynikających z nakazanych czynności;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A (1) Clar System S.A., (2) Hospital System Sp. z o.o., B. (1) Ever Grupa Sp. z o.o., (2) Propel System Sp. z o.o.,** 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 udzielenie zamówienia: 1) Izan + Sp. z o.o., 2) Naprzód Sp. z o.o., 3) Vendi Servis Sp. z o.o.,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A (1) Clar System S.A., (2) Hospital System Sp. z o.o.; B. (1) Ever Grupa Sp. z o.o., (2) Propel System Sp. z o.o.,** na rzecz **(1) Izan + Sp. z o.o., (2) Naprzód Sp. z o.o., (3) Vendi Servis Sp. z o.o.,**

- kwoty **po 9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych, zero groszy), jako równowartość kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

oraz na rzecz **Zamawiającego:**

- kwoty **po 1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 1223/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę utrzymania czystości z obsługą sanitarną szpitala”, o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 marca 2014 r., pod pozycją: 2014/S 063-107612.

W dniu 13 czerwca 2014 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 2) Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3) Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą Łodzi – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., pomimo niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., z uwagi na fakt, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. zaniechaniu wezwania wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo istnienia uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia,
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. dokonaniu wyboru oferty wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta tego wykonawcy winna być odrzucona, jako że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
6. zaniechaniu odrzucenia wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., z uwagi na fakt, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
7. zaniechaniu wezwania wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel

3

System Sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo istnienia uzasadnionych wątpliwości, co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia,

8. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta w/w wykonawców zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
9. niezasadnym poprawieniu przez Zamawiającego w ofercie wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., ilości osób wykonujących przedmiot zamówienia, w sytuacji gdy jest to omyłka powodująca niezgodność oferty z treścią SIWZ, powodująca istotne zmiany w treści oferty w/w wykonawców,
10. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz

Propel System Sp. z o.o., pomimo iż oferta tych wykonawców nie odpowiada treści SMWZ,

11. zaniechaniu odtajnienia oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., w zakresie dokumentu „Wykaz usług” oraz referencji, pomimo iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., z postępowania,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., pomimo że złożenie powyższej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo istnienia uzasadnionych wątpliwości, co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., pomimo że oferta tego wykonawcy winna być odrzucona, jako że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
6. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa

4

Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo istnienia uzasadnionych wątpliwości, co do zaoferowania ceny pod względem jej rażącego zaniżenia,

7. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., pomimo że złożenie powyższej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
8. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta w/w wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
9. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niezasadne poprawienie przez Zamawiającego w ofercie wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., tj. w załączniku nr 3 „Wykaz obsady stanowisk” pozycji nr 25, w sytuacji gdy jest to omyłka powodująca niezgodność oferty z treścią SIWZ, powodująca istotne zmiany w treści oferty w/w wykonawcy,
10. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., pomimo iż oferta tych wykonawców nie odpowiada treści SMWZ,
11. art. 8 ust. 1-3 Pzp w związku z nieodtajnieniem oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., w zakresie dokumentu „wykaz usług” oraz referencji, pomimo iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
12. art. 7 ust. 1 i 2 Pzp poprzez nie zapewnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności oceny ofert,
3. wykluczenia wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., z postępowania,
4. odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., z uwagi na fakt, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
5. odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp.

z o.o., z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

6. odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., z uwagi na fakt iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

5

7. odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

8. odtajnienia części zastrzeżonej oferty wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., tj. wykaz usług i referencji,

9. dokonania powtórnej oceny ofert,

10. dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący wniósł jednocześnie o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z umowy zawartej pomiędzy Clar System S.A., a SP ZOZ w Słupcy w dniu 1 lutego 2011 r. – na okoliczność, że zakres przedmiotowej umowy nie obejmuje wykonywania usługi utrzymania czystości na terenach zewnętrznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołał następujące argumenty:

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., pomimo niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia:

Odwolujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale VIII SIWZ zastrzegł, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp, w szczególności: posiadają wiedzę i doświadczenie. Warunek ten Zamawiający uzna za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał lub wykonuje należycie co najmniej dwie usługi polegające na utrzymaniu czystości w szpitalach lub zakładach opiekuńczo-leczniczych lub zakładach pielęgnacyjno-opiekuńczych lub innych jednostek ochrony zdrowia, w których zachowany jest reżim sanitarno-epidemiologiczny, trwające nieprzerwanie minimum 12 miesięcy o wartości brutto 2.000.000 złotych każda usługa”.

Odwolujący podniósł, że na pytanie czy w związku z faktem, iż przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem także utrzymanie czystości terenów zewnętrznych, pod pojęciem „usługi utrzymania czystości” opisanym w sekcji III pkt 2.3. pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu należy rozumieć kompleksowe utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznej szpitala oraz terenów zewnętrznych, Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Wykonawca Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. w przedłożonym wykazie wykonanych/wykonywanych usług stanowiącym załącznik nr 7 SIWZ wskazał, iż wykonywał usługę polegającą na utrzymaniu czystości na rzecz dwóch podmiotów, tj. SP ZOZ w Kościanie oraz SP ZOZ w Słupcy. Wykonawca nie wykazał, że wykonywał usługi utrzymania czystości na terenach zewnętrznych w/w jednostek, a zatem nie wykazał, że spełnia

6

warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie bowiem z umową zawartą pomiędzy Clar System S.A. a SP ZOZ w Słupcy, utrzymywanie czystości przez wykonawcę na rzecz tego podmiotu obejmowało wyłącznie teren wewnętrzny szpitala.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., w sytuacji gdy złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji:

Odwolujący podniósł, że zgodnie z ofertą wykonawcy konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., wynagrodzenie miesięczne za wykonanie usługi utrzymania czystości – opodatkowanej podatkiem VAT według stawki 23% - wynosi 9.594,00 zł brutto. Miesięczna wartość netto tej usługi to 7.800,00 zł. Wynagrodzenie miesięczne za wykonanie usługi obsługi sanitarnej – zwolnionej od podatku VAT – wynosi 111.972,58 zł brutto. Stawka za utrzymanie czystości 1 m2 powierzchni (przy ogólnej powierzchni 7.891,70

m2) wynosi 0,99 zł. Jest to stawka nierealistyczna, nieistniejąca, znacząco odbiegająca od przyjętych cen rynkowych oraz cen podanych przez innych wykonawców. Koszty pracy, środków czystości, dezynfekcyjnych czy urządzeń niezbędnych do wykonania usługi znacząco przewyższają cenę wskazaną przez wykonawcę. Wykonawca nie jest w stanie wykonać usługi za podaną przez siebie cenę. Potwierdza to również treść ofert złożonych przez wykonawcę w innych postępowaniach, w których jego oferta została uznana za najkorzystniejszą i w których zaoferował znacznie wyższą kwotę z tytułu wykonania usługi utrzymania czystości niż w tym postępowaniu, a pomimo to wykonawca nie przystąpił do realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił następnie, że z treści SIWZ nie wynika by usługa utrzymania czystości miała znaczenie marginalne w stosunku do usługi obsługi sanitarnej. Wprost przeciwnie – do SIWZ został dołączony obszerny plan higieny. Również zakres czynności dotyczący usługi utrzymania czystości oraz usługi obsługi sanitarnej wskazują, że to usługa utrzymania czystości jest usługą wiodącą. Wskazane przez wykonawcę wynagrodzenie nie pokrywa praktycznie żadnych kosztów wykonania tej usługi. Jediną zatem przyczyną zaoferowania tak rażąco zaniżonej ceny za wykonanie usługi utrzymania czystości i jednocześnie zaoferowania ceny 111.972,58 zł za wykonanie usługi obsługi sanitarnej było nieuprawnione manipulowanie podatkiem VAT. Wykonawca sztucznie i nieuczciwie obniżył wysokość podatku VAT i uzyskał w ten sposób niższą cenę ofertową w stosunku do wykonawców, którzy takich nieuprawnionych manipulacji nie dokonali. Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z § 7 ust. 3 i 4 projektu umowy – w przypadku wyłączenia części powierzchni z zakresu utrzymania czystości i posprzątania w miesiącu mniejszej ilości m2 niż założone w SIWZ – wynagrodzenie wykonawcy za tę usługę będzie zmniejszone o

7

iloczyn wyłączonych m2 i stawki za 1 m2 obliczonej na podstawie oferty wykonawcy. W takiej sytuacji wykonawca, który dokonał nieuprawnionej manipulacji ceną za wykonanie usługi utrzymania czystości i określił ją na rażąco niskim poziomie otrzyma łączne wynagrodzenie dużo wyższe niż otrzymałby wykonawca, który postąpił uczciwie, a Zamawiający poniesie dotkliwą szkodę. Jednocześnie w przypadku wyłączenia przez Zamawiającego usługi sanitarnej, zgodnie z § 7 ust. 3 projektu umowy, wykonawca nie będzie miał możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ jego wynagrodzenie nie pokryje praktycznie żadnych kosztów miesięcznych.

Odwołujący przywołał art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Powyższe zachowanie wykonawcy, spełnia w/w definicję, a zatem oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Tożsame okoliczności i argumenty Odwołujący przedstawił dla uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., przy czym Odwołujący wskazał, iż wykonawca ten skalkulował wynagrodzenie miesięczne za wykonanie usługi utrzymania czystości – opodatkowanej podatkiem VAT według stawki 23% - na kwotę 5.535,00 zł brutto. Miesięczna wartość netto tej usługi to 4.500,00 zł. Stawka za utrzymanie czystości 1 m2 powierzchni, przy uwzględnieniu ogólnej powierzchni, wynosi 0,57 zł. W odniesieniu do usługi obsługi sanitarnej – zwolnionej od podatku VAT – wykonawca podał zaś wynagrodzenie w wysokości 122.500,00 zł.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., oraz oferty wykonawcy konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., z powodu rażąco niskiej ceny:

Odwołując ponownie podniósł argumentację, iż stawki za utrzymanie czystości 1m2 powierzchni zaoferowane przez w/w wykonawców nie są realistyczne, znacząco odbiegają od przyjętych cen rynkowych oraz cen podanych przez innych wykonawców. Koszty pracy, środków czystości, dezynfekcyjnych czy urządzeń niezbędnych do wykonania usługi znacząco przewyższają cenę wskazaną przez wykonawców. Podniesiono także okoliczność, że zgodnie z § 7 ust. 3 projektu umowy Zamawiający ma prawo wyłączyć część przedmiotu umowy. W sytuacji wyłączenia usługi sanitarnej wykonawca nie będzie miał żadnej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ jego wynagrodzenie nie pokryje praktycznie żadnych kosztów miesięcznych.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niezasadne poprawienie omyłki powodującej istotną zmianę oferty wykonawców konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o.:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale X SIWZ pkt a) oraz w „Wykazie załączników do oferty” pkt 16, wymagał na potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego dołączenia do oferty przetargowej „Wykazu obsady stanowisk w poszczególnych jednostkach organizacyjnych w zakresie wykonywania sprzątnia i transportu wewnętrznego z określeniem ilości osób potrzebnych do obsady stanowiska – sporządzonego przez wykonawcę z możliwością wykorzystania jako wzoru Załącznika nr 3 do SIWZ – wykaz obsady stanowisk”. W załączniku tym Zamawiający określił wymaganą minimalną ilość osób na potrzeby Zamawiającego do obsady jednostki dla poszczególnych komórek organizacyjnych. Dodatkowo Zamawiający w Załączniku nr 3 do SIWZ zapisał, że: „Wykonawca jest zobowiązany dysponować osobami w celu zapewnienia ciągłości realizacji usługi uwzględniając rezerwę urlopowo-chorobową”. Ponadto w Rozdziale III SIWZ, pkt 3 ppkt 1 Zamawiający zapisał, że wykonawca musi dysponować należycie wykwalifikowanym i dostatecznie licznym personelem zapewniającym poprawne wykonanie usługi. Wykonawca konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. na stronach 46-48 swojej oferty zamieścił wykaz obsady stanowisk, sporządzony na podstawie załącznika nr 3 do SIWZ. W wykazie tym, dla serwisu nocnego w Oddziale Obserwacyjnym oraz na Izbie przyjęć (pkt 25) wykonawca zaproponował mniejszą ilość osób (1) niż wymagał Zamawiający, tj. minimum 2. Zamawiający zawiadomił w dniu 19 maja 2014 r. o dokonaniu zmiany treści oferty, która powoduje istotną zmianę jej treści. Zamawiający dokonał zmiany wpisując w pozycję 25 liczbę 2, argumentując to tym, że suma osób zaoferowana przez wykonawców jest równa sumie osób wymaganych przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia oferty wykonawców konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o.:

Odwołując podniósł, że każdy zamawiający ma obowiązek udostępnić informacje o wykonawcach, którym udzielił zamówienia publicznego oraz o tym, czy zamówienie jest wykonane należycie. Dostęp do tych danych gwarantuje ustawa o dostępie do informacji publicznej. Skoro więc informacje zawarte w wykazie usług i referencjach są informacjami publicznymi to nie mogą one stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, a po oddaleniu przez Izbę przedmiotowego wniosku złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania. Przystępujący konsorcjum Clar System S.A.

i Hospital System Sp. z o.o. oraz konsorcjum Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

W toku rozprawy Odwołujący podniósł m.in., że Przystępujący osiągnęli niższą cenę tylko z powodu manipulacji cenami w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz manipulacji podatkiem VAT. Dokonany przez Przystępujących zabieg narusza konkurencję i może skutkować szkodą dla Zamawiającego. Podkreślono, że w tej sytuacji doszło nie tylko do naruszenia klauzuli generalnej z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również naruszania art. 15 ust. 1 tej ustawy poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia. Odwołujący zaznaczył przy tym, że nie kwestionuje dopuszczalności i zgodności z prawem skorzystania ze zwolnienia od podatku VAT, gdyż nie tego dotyczy odwołanie, a istota zarzutu odnosi się do sposobu ukształtowania ceny, który musi odzwierciedlać przedmiot zamówienia. Czynem nieuczciwej konkurencji było w tej sprawie takie kształtowanie ceny, które nie znajduje odzwierciedlenia w przedmiocie zamówienia. Jest to zachowanie bezprawne, gdyż VAT od tej usługi nie będzie liczony prawidłowo. Wskazano jednocześnie, że z okoliczności, iż Zamawiający nie określił procentowo zakresu poszczególnych usług w stosunku do całości przedmiotu zamówienia, nie można wywodzić, że procent tych usług mógł być przyjęty dowolnie. Należało go bowiem wywieść z treści SIWZ i Opisu przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego warunku wiedzy i doświadczenia Odwołujący podkreślił, że warunek ten został wyjaśniony w treści odpowiedzi Zamawiającego. Pytanie w tym zakresie było jednoznaczne, a udzielona odpowiedź nie pozostawia wątpliwości, co do treści tego warunku i wymagań Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał w szczególności, że ocena tej kwestii odnoszona jest, co do zasady, do ceny za cały przedmiot zamówienia, ale w uzasadnionych przypadkach badane mogą być także poszczególne ceny jednostkowe. W formularzu oferty Zamawiający wymagał wskazania cen dla poszczególnych usług, tak przewidział również w projekcie umowy. Pozwala to w niniejszym postępowaniu do oceny ceny rażąco niskiej także w kontekście cen jednostkowych. Odwołując podniósł jednocześnie, że cena jednostkowa zaoferowana przez Przystępujących znacząco odbiega od cen innych wykonawców. W przypadku konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. cena jest 10-krotnie niższa, a w przypadku konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., 15-krotnie niższa od cen zaoferowanych przez innych wykonawców w zakresie utrzymania czystości. Wskazano także, że Przystępujący w innych postępowaniach oferują wyższe ceny za 1 m² powierzchni sprząanej.

W zakresie zarzutu dotyczącego poprawienia omyłki Odwołującego podniósł, że poprawieniu mogłaby podlegać źle zsumowana liczba pracowników wskazanych w wykazie,

10

tylko to można bowiem było ustalić na podstawie treści oferty. Treść oferty nie dawała zaś Zamawiającemu podstaw do uznania, że jedną osobę należało dodać akurat w poz. 25 wykazu złożonego przez konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o.

W odniesieniu do zarzutu związanego z zaniechaniem odtajnienia dokumentów Odwołujący podtrzymał stanowisko, że wykaz i referencje nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pełnomocnik Przystępującego konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., podniósł na rozprawie m.in., że w odniesieniu do zarzutu dotyczącego spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia nie doszło do zmiany treści SIWZ. Z zapytania oraz udzielonej odpowiedzi wynika, że Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem w utrzymaniu terenów wewnętrznych lub zewnętrznych, nie wymagał natomiast wykazania się doświadczeniem łącznym. Podkreślono jednocześnie, że nawet przy uznaniu, że Zamawiający wymagał wykazania się łącznie doświadczeniem w utrzymaniu terenów zewnętrznych i wewnętrznych, to nie dyskwalifikuje to oferty Przystępującego.

W odniesieniu do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji podniesiono, że treść odwołania nie wskazuje, jaki konkretny czyn nieuczciwej konkurencji jest przedmiotem zarzutów. Z ostrożności procesowej wskazano jednocześnie, że kwestionowane przez Odwołującego działania wykonawcy nie wypełniają znamion czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny zakwestionowano, by zaoferowana cena miała taki charakter. Podniesiono, że między ceną zaoferowaną przez Przystępującego a ceną innych oferentów, jak również szacunkową wartością zamówienia przyjętą przez Zamawiającego nie ma takich różnic i dysproporcji, które uzasadniałyby zarzut zaoferowania ceny rażąco niskiej. Podkreślono przy tym, że konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. aktualnie realizuje usługi na rzecz Zamawiającego i trudno przyjąć, by w ramach tego postępowania wykonawca ten zaniżał koszty wykonania usługi. Wskazano ponadto, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie określił procentowo zakresu usług. Zamawiający nie wskazał także wymaganych stawek podatku VAT. Zwrócono także uwagę, iż z treści projektu umowy, w tym z paragrafu 7 nie wynika, iż w przypadku wyłączenia części powierzchni Zamawiający będzie płacił według stawki z par. 7 ust. 2 pkt 1 projektu umowy. Pełnomocnik podniósł również, że usługa utrzymania w czystości jest połączona z usługą transportu wewnętrznego oraz usługą sanitarną.

Pełnomocnik Przystępującego konsorcjum Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., podniósł na rozprawie m.in., że punktem wyjścia dla oceny zarzutów powinna być w niniejszym postępowaniu cena globalna, a nie cena jednostkowa. Wskazano, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że ceny zaoferowane przez Przystępujących, oceniane jako

11

ceny globalne, były cenami rażąco niskimi. Ceny zaoferowane przez wykonawców stanowią 87% budżetu zaplanowanego przez Zamawiającego. Zakwestionowano, by usługi obsługi sanitarnej były usługami mniej ważnymi. Podkreślono jednocześnie, że przy odnoszeniu poszczególnych cen jednostkowych to cena zaoferowana przez Odwołującego w odniesieniu do usługi utrzymania czystości także nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów. Pełnomocnik podniósł również, że korzystanie ze zwolnień podatkowych nie jest ani bezprawne, ani nie narusza zwyczajów kupieckich. Jeżeli wykonawca decyduje się na korzystanie ze zwolnienia podatkowego to liczy się z możliwością kontroli ze strony organów skarbowych i jest to jego ryzyko biznesowe.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego poprawienia omyłki pełnomocnik argumentował m.in., że instytucja sprostowania została wprowadzona właśnie na potrzeby takich sytuacji, jak ta zaistniała w odniesieniu do oferty Przystępującego. Zamawiający wiedział, że wykonawca zaoferował o 1 więcej etatów i dysponował wszystkimi informacjami, które były wystarczające do dokonania sprostowania omyłki.

W zakresie zarzutu dotyczącego utajnienia wykazu usług i referencji pełnomocnik wskazał m.in., że Przystępujący zastrzegł informacje w wymaganym terminie i informacje te spełniają przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Podane przy tym zostały działania, jakie podjął Przystępujący w celu ochrony tych informacji przed dostępem osób nieuprawnionych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na „Utrzymanie czystości z obsługą sanitarną szpitala” o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług kompleksowego sprzątnia w obiektach Zamawiającego w szczególności w zakresie: 1) utrzymania czystości; 2) obsługi sanitarnej szpitala; 3) transportu wewnętrznego; 4) utrzymania czystości na terenie zewnętrznym, zgodnie z wymaganiami opisanymi w Planie higieny szpitala (Załącznik nr 1 do SIWZ) oraz Zakresie prac (Załącznik nr 2 do SIWZ).

Zbiorcze zestawienie powierzchni zostało określone w Załączniku nr 4 do SIWZ. W przedmiotowym dokumencie powierzchnia ogółem została podana w wysokości 7.891,70 m².

W zakresie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, w ramach warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający zastrzegł, że uzna przedmiotowy warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich 3 lat

12

przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał lub wykonuje należycie co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na utrzymaniu czystości w szpitalach lub zakładach opiekuńczo-leczniczych lub zakładach pielęgnacyjno-opiekuńczych lub innych jednostkach ochrony zdrowia, w których zachowany jest reżim sanitarno-epidemiologiczny, trwające nieprzerwanie minimum 12 miesięcy o wartości brutto 2.000.000 zł każda z usług (Rozdział VIII pkt 1 SIWZ; Sekcja III pkt 2.3) ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu).

W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca zobowiązany został do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, którego wzór stanowi Załącznik nr 7 do SIWZ oraz do załączenia dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie w postaci poświadczenia, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług, poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert bądź oświadczenia wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia (Rozdział IX pkt 3 SIWZ).

W Załączniku nr 7 do SIWZ (Wykaz wykonanych/wykonywanych usług) w kolumnie pn. „Przedmiot usług (zakres rzeczowy wykonanych/wykonywanych usług)” Zamawiający wskazał, że z treści opisu powinno wynikać spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VIII SIWZ.

Wymagania Zamawiającego dotyczące zapewnienia obsady osobowej w poszczególnych jednostkach szpitala zostały określone w Załączniku nr 3 do SIWZ – Wykaz

obsady stanowisk. Wymagana minimalna ilość osób na potrzeby Zamawiającego do obsady jednostki została ustalona w liczbie 66. W pozycji nr 25 wykazu Zamawiający wskazał, iż minimalna ilość osób wynosi 2.

Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych (Rozdział IV SIWZ).

Termin realizacji zamówienia wynosi 20 miesięcy od daty podpisania umowy (Rozdział VII SIWZ).

W Opisie sposobu obliczenia ceny Zamawiający zastrzegł, że cena oferty musi uwzględniać wszystkie koszty, tj. koszty oferowanej usługi w tym: koszty pracownicze, środki i materiały zużywalne, tj. środki do mycia, konserwacji powierzchni różnych, profesjonalny sprzęt niezbędny do utrzymania czystości (Rozdział XVII SIWZ).

Zamawiający określił, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie się kierował kryterium najniższej ceny, a za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z najniższą ceną (Rozdział XIX SIWZ).

13

W Formularzu ofertowym Zamawiający wymaga wskazania łącznej wartości oferty i miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy brutto za wykonanie usługi w tym za utrzymanie czystości, za obsługę sanitarną, za obsługę transportu wewnętrznego i za utrzymanie czystości terenów zewnętrznych (bez utrzymania zieleni).

W Istotnych postanowieniach umowy Zamawiający określił, że przedmiotem umowy jest świadczenie przez wykonawcę kompleksowych usług sprzątnięcia w obiektach Zamawiającego, w szczególności polegających na utrzymaniu czystości, obsłudze sanitarnej szpitala, świadczeniu usługi transportu wewnętrznego (§ 1 ust. 1 Załącznika nr 11 do SIWZ).

W § 7 ust. 1 i 2 Załącznika nr 11 określone zostało wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie wskazanym w § 1, w kwocie łącznej oraz w poszczególnych miesiącach. Łączna kwota miesięcznego wynagrodzenia uwzględnia kwoty za utrzymanie czystości, obsługę sanitarną, transport wewnętrzny oraz utrzymanie czystości terenu zewnętrznego.

W § 7 ust. 3 i 4 Załącznika nr 11 do SIWZ, Zamawiający zawarł postanowienia, zgodnie z którymi w trakcie realizacji przedmiotu umowy Zamawiający może wyłączyć w określonym przez siebie terminie z realizacji część przedmiotu umowy, o czym uprzednio powinien poinformować wykonawcę i dokonać zmniejszenia wynagrodzenia miesięcznej wartości usługi (przeliczając proporcjonalnie wyłączonej powierzchnię i średnią wartość usługi sprzątnięcia za 1m² przyjętą z oferty wykonawcy w wyniku przeliczenia wartości miesięcznej usługi i ogólnej powierzchni sprzątnięcia określonej w Załączniku nr 4 do SIWZ. Z tytułu tego wyłączenia wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia (ust. 3). Wykonawcy za wykonane sprzątnięcie przysługuje wynagrodzenie miesięczne określone na podstawie protokołu odbioru zakresu prac, w którym w przypadku zaistnienia przesłanki, o której mowa w ust. 3 zostanie zawarta ilość faktycznie sprzątniętej powierzchni przez wykonawcę w danym miesiącu (w przypadku sprzątnięcia przez wykonawcę mniejszej powierzchni w danym miesiącu niż określona w opisie przedmiotu zamówienia, wartość miesięcznej usługi ryczałtowej zostanie pomniejszona przeliczając proporcjonalnie wyłączonej powierzchnię i średnią wartość usługi sprzątnięcia za 1 m² przyjętą z oferty wykonawcy w wyniku przeliczenia wartości miesięcznej usługi i ogólnej powierzchni sprzątnięcia określonej w załączniku nr 4 do SIWZ). Zamawiający dokona płatności jedynie za faktycznie wykonane usługi.

W § 7 ust. 9 Załącznika nr 11 do SIWZ, Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym cena określona w ust. 1 i 2 obejmuje wykonanie wszystkich czynności związanych z realizacją przedmiotu umowy, a w szczególności: wynagrodzenia, koszty użytkowania własnego sprzętu i narzędzi oraz własnych środków czystości i materiałów niezbędnych do należytego wykonywania przedmiotu umowy, koszty zakupu i transportu środków czystości codziennego użytku, materiałów niezbędnych do utrzymania w należytym porządku ciągów

14

komunikacyjnych, ubezpieczenia i inne opłaty nie wymienione, a które mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, zysk, narzuty, ewentualne upusty, podatki, w tym podatek VAT oraz pozostałe składniki cenotwórcze.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 3.220.000,00 zł. W postępowaniu wpłynęło pięć ofert: 1) konsorcjum Izan+ Sp. z o.o., Naprzód Sp. z o.o., Vendi Servis Sp. z o.o. z kwotą brutto 3.399.580,00 zł; 2) konsorcjum Clar System S.A., Hospital System Sp. z o.o. z ceną brutto 2.759.240,00 zł; 3) konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o. z ceną brutto 2.796.281,60 zł; 4) konsorcjum Dersław Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z ceną brutto 3.455.471,20 zł; 5) konsorcjum firm Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Service „Company” Sp. z o.o., Sp. k. z ceną brutto 3.540.000,00 zł (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego; Zestawienie ofert).

Wykonawca Clar System S.A., Hospital System Sp. z o.o. w złożonej ofercie wskazał miesięczne wynagrodzenie w kwocie 137.962,00 zł brutto, w tym za utrzymanie czystości 5.535,00 zł brutto, za obsługę sanitarną 122.845,00 zł brutto, za obsługę transportu wewnętrznego 4.182,00 zł brutto, za utrzymanie czystości na terenie zewnętrznym 5.400,00 zł brutto (oferta Przystępującego).

Wykonawca Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o. w złożonej ofercie wskazał miesięczne wynagrodzenie w kwocie 139.814,08 zł brutto, w tym za utrzymanie czystości 9.594,00 zł brutto, za obsługę sanitarną 111.972,58 zł brutto, za obsługę transportu wewnętrznego 15.007,50 zł brutto, za utrzymanie czystości na terenie zewnętrznym 3.240,00 zł brutto (oferta Przystępującego).

Odwolujący w złożonej ofercie wskazał miesięczne wynagrodzenie w kwocie 169.979,00 zł brutto, w tym za utrzymanie czystości 84.989,50 zł brutto, za obsługę sanitarną 33.995,80 zł brutto, za obsługę transportu wewnętrznego 33.995,80 zł brutto, za utrzymanie czystości na terenie zewnętrznym 16.997,90 zł brutto (oferta Odwołującego).

Wykonawca Dersław Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. w złożonej ofercie wskazał miesięczne wynagrodzenie w kwocie 172.773,56 zł brutto, w tym za utrzymanie czystości 66.232,43 zł brutto, za obsługę sanitarną 80.463,55 zł brutto, za obsługę transportu wewnętrznego 9.461,78 zł brutto, za utrzymanie czystości na terenie zewnętrznym 16.615,80 zł brutto (oferta nr 4).

Wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Service „Company” Sp. z o.o., Sp. k. w złożonej ofercie wskazał miesięczne wynagrodzenie w kwocie 177.000,00 zł brutto, w tym za utrzymanie czystości 105.780,00 zł brutto, za obsługę sanitarną 50.000,00 zł brutto, za obsługę transportu wewnętrznego 5.020,00 zł brutto, za utrzymanie czystości na terenie zewnętrznym 15.000 zł netto (oferta nr 5).

15

Wykonawca Clar System S.A., Hospital System Sp. z o.o., w załączonym do oferty Załączniku nr 7 do SIWZ wskazał dwie usługi – pierwszą świadczoną na rzecz SP ZOZ w Kościanie oraz drugą świadczoną na rzecz SP ZOZ w Słupcy. Do wykazu załączono poświadczenie wystawione przez SP ZOZ w Kościanie, w którym wskazano, że firma Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu świadczyła usługę, w zakres której wchodziło m.in. utrzymanie czystości na terenie zewnętrznym oraz poświadczenie wystawione przez SP ZOZ w Słupcy, które wskazywało na wykonywanie usługi w pomieszczeniach oddziałów szpitalnych, bloku operacyjnego, bloku porodowego, pracowni diagnostycznych, poradni specjalistycznych, laboratorium, apteki, administracji, w obrębie ciągów komunikacyjnych, a także w centralnej zmywalni naczyń (poświadczenie z dnia 3 stycznia 2014 r. oraz poświadczenie z dnia 3 marca 2014 r.)

Wykonawca Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o. w załączonym do oferty Załączniku nr 7 do SIWZ wskazał usługę świadczoną na rzecz Zamawiającego. Druga z usług wraz z referencjami została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca, w Wykazie obsady stanowisk (Załącznik nr 3) podał łączną liczbę osób – 67, wskazując w pozycji 25 – liczbę 1. W pozycji nr 14 wykazu z minimalną ilością osób określoną przez Zamawiającego w liczbie 1 wykonawca wskazał liczbę 2. W pozostałych pozycjach wykazu wykonawca podał liczby odpowiadające minimalnym ilościom przyjętym przez Zamawiającego (oferta wykonawcy).

Pismem z dnia 15 kwietnia 2014 r., wykonawca Izan + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie skierował do Zamawiającego zapytanie, w którym – w związku z faktem, że przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem także utrzymanie w czystości terenów zewnętrznych – zawarł prośbę o potwierdzenie, że pod pojęciem „...usługi utrzymania czystości” opisanym

w Sekcji III pkt 2.3 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający rozumienie kompleksowe utrzymanie w czystości powierzchni wewnętrznej szpitala oraz terenów zewnętrznych (pismo z dnia 15 kwietnia 2014 r.).

Zamawiający pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r., działając na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 Pzp, udzielił wyjaśnień na zapytania dotyczące treści SIWZ. W wyjaśnieniach tych, w odpowiedzi na przytoczone w ich treści pytanie wykonawcy Izan + Sp. z o.o., Zamawiający udzielił odpowiedzi – cytując – „Tak” (pismo z dnia 22 kwietnia 2014 r., L. dz. SK/1040/DPUB/05/2014 – pytanie nr 10).

Zamawiający w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie badał – w odniesieniu do warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia – czy wskazane przez oferentów usługi dotyczyły łącznie, w ramach każdej z usług, utrzymania czystości terenów wewnętrznych i terenów zewnętrznych (okoliczność przyznana).

16

Pismem z dnia 19 maja 2014 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poinformował wykonawcę Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o. o poprawieniu omyłki w ofercie. W treści pisma Zamawiający wskazał, że w załączniku nr 3 – Wykaz obsady stanowisk poprawia omyłkę w następujący sposób: Wykonawca w poz. 25 w/w załącznika w kolumnie „Ilość osób oferowana przez Wykonawcę” wpisał 1. Minimalna ilość osób wymagana przez Zamawiającego w tej pozycji została określona na 2, poza tym wykonawca w poz. Razem zaoferował 67 osób, w związku z powyższym, aby matematycznie zgadzała się ilość osób, a oferta była zgodna z wymaganiami SIWZ, Zamawiający w poz. 25 poprawia liczbę osób na 2.

W odpowiedzi wykonawca pismem z dnia 20 maja 2014 r. wyraził zgodę na poprawę innej omyłki w ofercie (pismo wykonawcy Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o. z dnia 20 maja 2014 r.)

Pismami z dnia 19 maja 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawców Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o. oraz Clar System S.A., Hospital System Sp. z o.o., o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie zastosowanych w formularzu oferty stawek podatku VAT. W odpowiedzi wykonawcy przedłożyli wyjaśnienia, w tym posiadane interpretacje podatkowe (pismo z dnia 19 maja 2014 r., odpowiedź z dnia 20 maja 2014 r., odpowiedź z dnia 21 maja 2014 r.).

Pismem z dnia 3 czerwca 2014 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum Clar System S.A., Hospital System Sp. z o.o., z uwagi na to, że jest to oferta najkorzystniejsza cenowo, która uzyskała 100 pkt. Drugie miejsce w rankingu ofert zajęła oferta wykonawcy konsorcjum firm Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o., uzyskując 98,68 pkt. Oferta Odwołującego zajęła trzecie miejsce uzyskując 81,16 pkt. (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, L.dz. SK/1538/DPUB/05/14).

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wyszczególnionych powyżej dokumentów. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez odwołującego oraz uczestnika postępowania. Izba nie uznała jednak ostatecznie, by z dowodów powołanych przez Odwołującego wynikały fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Dowody dotyczące wysokości stawki za 1m² usługi utrzymania czystości oraz cen środków myjących nie mogły zostać uznane za istotne dla wykazania ceny rażąco niskiej. Izba nie uznała, by okoliczności sprawy uzasadniały badanie cen jednostkowych, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia. Dowody te odnosiły się tylko do jednej z usług wchodzących w skład kompleksowej usługi o charakterze złożonym i nie mogły rozstrzygać o braku możliwości skalkulowania kosztów wykonania tej części usługi, także tych nie dotyczących jedynie

17

środków myjących, w ramach kosztów realizacji całości zadania. Ponadto, co podniósł Przystępujący, przedstawiony dowód stanowił jedynie własne wyliczenie Odwołującego. Izba nie znalazła także podstaw do uznania, by powołane przykłady innych postępowań, w których Przystępujący składali swoje oferty, mogły mieć istotne znaczenie dla oceny zarzutów podniesionych w niniejszym postępowaniu. Okoliczność, że w innych

postępowaniach, różniących się od tego postępowania, wykonawcy tak, a nie inaczej kalkulowali swoje oferty i podawali inne ceny za 1 m² powierzchni sprzątanej pozostawało bez wpływu dla oceny zasadności zarzutów stawianych w tym postępowaniu. Dodatkowo wnioskowanie oparte na cenach za 1 m² jednej tylko z usług z innych postępowań, bez uwzględniania ich odrębności i odmiennych okoliczności mogło prowadzić do nieprawdziwych wniosków. W kwestii dowodu z umowy zawartej między Clar System S.A., a SP ZOZ w Słupcy, Izba uznała, że nie mógł on stanowić potwierdzenia zarzutu związanego z żądaniem wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż na tym etapie sprawy rozstrzygnięcie o wykluczeniu wykonawcy było przedwczesne. Dowód ten dotyczy kwestii, które dopiero powinny zostać zbadane przez Zamawiającego po orzeczeniu Izby. Podobnie należało ocenić dowody zawnieśkowane przez Przystępującego w tym zakresie. Izba uznała znaczenie wyliczenia przedstawiającego wyjaśnienie elementów ceny oferty. Sama cena całkowita oferty nie była ceną rażąco niską, a wyliczenie prezentowało rzeczowe dane o zatrudnieniu i kosztach poszczególnych pozycji, wskazując przy tym na poziom zakładanego zysku. Izba nie miała jednocześnie podstaw do odmówienia wartości dowodowej przedłożonej na rozprawie (znajdującej się także w aktach postępowania) interpretacji indywidualnej, choć kwestia dopuszczalności korzystania z tych zwolnień nie stanowiła przedmiotu sporu. Tym samym dowody powołane dla wykazania, że Odwołujący także korzysta ze zwolnień pozostawały bez istotnego wpływu dla oceny zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

W toku posiedzenia pełnomocnik Zamawiającego wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, argumentując, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu całości odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp, a tym samym Zamawiający nie miał możliwości ustosunkowania się do wszystkich twierdzeń i zarzutów Odwołującego. Przystępujący konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., przyłączył się do wniosku o odrzucenie odwołania. Przystępujący konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., wniosek Zamawiającego pozostawił do uznania Izby.

18

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego wniosku i wydała na posiedzeniu postanowienie o oddaleniu wniosku o odrzucenie odwołania. Wbrew podniesionym twierdzeniom Odwołujący nie naruszył art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Pełnomocnik Zamawiającego nie wywodził, że odwołanie nie zostało w całości przesłane, lecz zarzuty oparte zostały w istocie na okoliczności przesłania kopii odwołania bez numeracji stron i bez zachowania (w przypadku dwóch stron) właściwej kolejności, co miało skutkować brakiem logicznego ciągu argumentacji odwołania, a w konsekwencji brakiem możliwości odniesienia poszczególnych twierdzeń do właściwych zarzutów odwołania, a tym samym brakiem możliwości ustosunkowania się do nich. Izba nie uznała zasadności powyższej argumentacji, a odrzucenie odwołania w oparciu o podawane przez Zamawiającego okoliczności stanowiłoby wyraz nadmiernego formalizmu. Cała treść odwołania została Zamawiającemu przekazana, a samo odwołanie nie było dokumentem na tyle obszernym, by Zamawiający nie mógł rzeczywiście odczytać jego treści, tym bardziej że niewłaściwa kolejność dotyczyła jedynie dwóch stron. Zamawiający nie został więc pozbawiony możliwości zapoznania się z treścią odwołania i ustosunkowania się do zarzutów, twierdzeń i okoliczności powoływanych przez Odwołującego.

Zamawiający na posiedzeniu złożył następnie oświadczenie o uwzględnieniu w całości odwołania, przychylając się do żądania dotyczącego dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Sprzeciw wobec uwzględnienia w całości odwołania złożyło konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. oraz konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o.

W konsekwencji wniesionych skutecznie sprzeciwów odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu, stosownie do art. 186 ust. 4 Pzp. Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba obowiązana była kierować się zasadą wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania, zgodnie z zasadą kontryktoryjności władającą postępowaniem odwoławczym, są obowiązane wskazywać dowody dla

stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu, gdyż część z powołanych w nim okoliczności potwierdziło zaniechanie Zamawiającego w postaci nieprzeprowadzenia w sposób kompleksowy oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., z postępowania z uwagi na nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W

19

okolicznościach niniejszej sprawy tak sformułowany zarzut należało uznać za zarzut przedwczesny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowane jest stanowisko, podzielane także przez skład orzekający w niniejszej sprawie, zgodnie z którym nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, bez wcześniejszego wyczerpania trybu z art. 26 ust. 3 Pzp. Przykładowo, jak wskazano w wyroku z dnia 9 maja 2012 r., sygn. akt KIO 859/12, wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp powinno być poprzedzone czynnościami zamawiającego, których efektem jest ustalenie podstawy wykluczenia ponad wszelką wątpliwość. Podobnie w wyroku z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt KIO 896/13, Izba wskazała, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jest czynnością obligatoryjną, bez której niedopuszczalnym jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, o ile nie zachodzą negatywne przesłanki przewidziane tym przepisem. Przepis art. 26 ust. 4 Pzp również jest czynnością obligatoryjną, jednak sam brak wyjaśnień nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy, o ile nie poprzedzi go procedura z art. 26 ust. 3 Pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający nie stosował jeszcze przedmiotowej procedury, a tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp był zarzutem przedwczesnym.

Odwołujący nie postawił natomiast w treści odwołania zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Pomimo tego, w ocenie Izby, odwołanie – w tej części, która odnosiła się do warunku wiedzy i doświadczenia oraz wskazywała, iż Zamawiający nie przeprowadził badania tego warunku w sposób prawidłowy – musiało zostać uwzględnione. Rozpoznając sprawę Izba nie mogła nie dostrzegać okoliczności, iż Zamawiający w ogóle nie badał, nie tylko w odniesieniu do w/w wykonawcy, wykazania się wiedzą i doświadczeniem odpowiednio do wymagań wynikających z treści SIWZ. W toku posiedzenia Zamawiający przyznał, że członkowie komisji przetargowej nie oceniali spełnienia warunku podmiotowego w części odnoszącej się do wiedzy i doświadczenia w utrzymaniu terenów zewnętrznych. Kwestia ta natomiast, także powinna była stanowić przedmiot oceny. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający składając oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości kierował się w istocie właśnie kwestiami odnoszącymi się do warunku wiedzy i doświadczenia. Znalazło to odzwierciedlenie w stanowisku Zamawiającego, który uwzględniając odwołanie nie wskazał, iż wykluczy wykonawców z postępowania bądź odrzuci ich oferty (tak jak żądał tego Odwołujący) lecz dokonana ponownego badania i oceny ofert.

Należy w tym miejscu odnieść się do treści i istoty wymogu dotyczącego warunku wiedzy i doświadczenia. W odwołaniu Odwołujący w sposób jednoznaczny wskazał na sposób rozumienia wymogu odnoszącego się do tego warunku. Zamawiający uwzględniając odwołanie (w zasadzie tylko ze względu na te kwestie) potwierdził tym samym, że wymagał wykazania się wiedzą i doświadczeniem w sposób, w jaki zostało to przedstawione w treści odwołania. Późniejsze twierdzenia pełnomocnika Zamawiającego, iż Zamawiający nie starał

20

się jednak ograniczać rozumienia przedmiotowego wymogu, nie zasługiwały, zdaniem Izby, na akceptację. Za niedopuszczalne należało uznać opieranie treści SIWZ na intencjach Zamawiającego, nie wyrażonych w jej treści, nie znajdujących oparcia w obiektywnych okolicznościach i pozostających jednocześnie w sprzeczności z zajęтым stanowiskiem procesowym. W analizowanym zakresie Izba uznała w konsekwencji, że Zamawiający w ramach wymogu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia wymaga od wykonawców wykazania się, co najmniej dwoma usługami polegającymi na utrzymaniu czystości, a każda z tych usług obejmować musi zarówno powierzchnię wewnętrzną jak i tereny zewnętrzne,

oraz spełniać pozostałe warunki zawarte w Rozdziale VIII pkt 1 SIWZ. Wobec jasnej treści pytania zadanego Zamawiającemu pismem z dnia 15 kwietnia 2014 r., oraz treści odpowiedzi Zamawiającego udzielonej pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r. (odpowiedź na pytanie nr 10) Izba nie miała żadnych wątpliwości, iż z treści SIWZ wynika obowiązek wykazania się wiedzą i doświadczeniem poprzez wskazanie usług obejmujących utrzymanie w czystości powierzchni wewnętrznej jak i terenów zewnętrznych. Trudno doszukać się w tym warunku jakichkolwiek ograniczeń dla wykonawców, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę, iż przedmiot zamówienia obejmuje utrzymanie terenów zewnętrznych, a więc naturalną i logiczną konsekwencją jest wymaganie od wykonawców wykazania się tego rodzaju doświadczeniem. Twierdzenia o tego rodzaju intencjach Zamawiającego nie mogły mieć przy tym żadnego wpływu na ocenę Izby, a ich akceptacja nie tylko pozostawałaby w sprzeczności z faktem uwzględnienia odwołania, ale co ważniejsze prowadziłyby obecnie do nadania treści SIWZ znaczenia całkowicie odmiennego niż te wynikające w sposób jednoznaczny z literalnego brzmienia ww. postanowień. Należy w tym miejscu przywołać tezę pierwszą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt KIO 964/13, podzielaną przez skład orzekający w niniejszej sprawie, w której zawarto stanowisko, iż „Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga, aby stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega uznaniowości zamawiających na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy interpretacji tych postanowień należy kierować się przede wszystkim znaczeniem słów, wyrażzeń i zwrotów oraz ich składnią ustalonymi z uwzględnieniem reguł języka polskiego. Nie należy przy tym przyjmować założenia, że opis sposobu oceny spełniania warunków nie został dokonany z uwzględnieniem dyrektyw wynikających z art. 22 ust. 4 p.z.p. Należy jednak odrzucić interpretacje oparte wyłącznie na intencjach zamawiających, które nie zostały uzewnętrznione w formie pisemnej przed terminem składania ofert, niezależnie od tego, czy obiektywnie byłyby to warunki bardziej adekwatne do przedmiotu zamówienia”.

21

Zamawiający przyznał, że prace członków komisji przetargowej dotyczyły weryfikacji wiedzy i doświadczenia jedynie w zakresie utrzymania terenów wewnętrznych. Wobec powyższych ustaleń powinny zaś one obejmować weryfikację także wiedzy i doświadczenia w zakresie utrzymanie terenów zewnętrznych w ramach każdej ze wskazywanych usług. Dotychczasowy sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie zapewniał więc zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W sposób tożsamy zostali bowiem ocenieni wykonawcy, którzy wykazali przedmiotowy warunek odpowiednio do treści SIWZ, jak i wykonawcy którzy nie wykazali łącznie wiedzy i doświadczenia w ramach każdej z usług powoływanych w wykazie usług, tak jak miało to miejsce w przypadku wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o. Sytuacja ta stanowi o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp, który to przepis został już powołany w ramach zarzutów odwołania. Izba uznała jednocześnie, że brak przeprowadzenia oceny spełnienia warunku w sposób kompleksowy i odpowiadający treści SIWZ (potwierdzonej przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie z dnia 15 kwietnia 2014 r.) stanowi o naruszeniu w/w przepisu ustawy, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym spełniona została przesłanka warunkująca uwzględnienie odwołania z art. 192 ust. 2 Pzp. Podkreślenia przy tym wymaga, że Zamawiający dokonując ponownego badania tych kwestii nie powinien ograniczać się tylko do wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o. Zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za przeprowadzenie postępowania, jest uprawniony do korygowania swoich czynności (zaniechań) nie tylko nakazanych wyrokiem Izby, ale także samodzielnie (por. przykładowo: wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 672/13).

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała za uzasadnione żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również żądanie unieważnienia czynności badania i oceny ofert.

Izba nie znalazła podstaw do uznania stanowiska wykonawcy Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o., iż zawarty w pytaniu z dnia 15 kwietnia 2014 r. spójnik „oraz” nie oznacza koniunkcji, a odpowiedź Zamawiającego należy rozumieć, jako alternatywę

rozłączną, dopuszczającą możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem w utrzymaniu terenów wewnętrznych lub zewnętrznych. Spójnik „oraz” podobnie jak spójniki „i”, „również” są spójnikami łącznymi. Spójnik „oraz” jest odpowiednikiem znaczeniowym spójnika „i”. W doktrynie wskazuje się, co prawda, że spójnik „oraz” może występować w znaczeniu tzw. enumeracyjnym, czyli wyliczającym, jednak przyjęcie takiego charakteru tego spójnika zależy od kontekstu i adekwatności używanych zwrotów. Analizując treść wyżej wskazanego pytania oraz udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi, jak również przedmiot postępowania, nie sposób uznać, by tworzyły one taki kontekst znaczeniowy, który

22

pozwalaby na przypisanie spójnikowi „oraz” charakteru wyliczającego. Prowadziłoby to do niemożliwych do przyjęcia wniosków, że wykonawcy mogliby wykazać się w tym postępowaniu tylko wiedzą i doświadczeniem w utrzymaniu terenów zewnętrznych (stanowiących marginalną część zamówienia, na co zwrócił uwagę Zamawiający).

Stanowiska Izby, co do braku przeprowadzenia, w sposób kompleksowy i zgodny z treścią SIWZ, oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogu wiedzy i doświadczenia, nie mogły zmienić zgłaszane na rozprawie twierdzenia i dowody wykonawcy konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., nakierowane na wykazanie, że zakres usługi świadczonej na rzecz SP ZOZ w Słupcu obejmował w rzeczywistości również utrzymanie terenów zewnętrznych. To Zamawiający jest bowiem obowiązany w pierwszej kolejności przeprowadzić w sposób kompletny ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymogami przez siebie postawionymi. Izba nie może zastępować Zamawiającego w przeprowadzeniu tej czynności, a rozprawa odwoławcza nie może służyć konwalidowaniu – poprzez przeprowadzenie przez Izbę, zamiast przez Zamawiającego – zaniechań, których dopuścił się w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uprawniona jest do stwierdzenia zaniechania i nakazania Zamawiającemu przeprowadzenia określonych czynności. Jak wskazano wcześniej to Zamawiający bowiem jest obowiązany w pierwszej kolejności do oceny, czy wykonawca konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., spełnia warunki udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający dotychczas nie badał, czy usługa wykonana na rzecz SP ZOZ w Słupcy obejmuje także utrzymanie terenów zewnętrznych, to Izba nie może przeprowadzić przedmiotowej oceny za Zamawiającego. Jedynie na marginesie warto zauważyć, że wykonawca powinien potwierdzić Zamawiającemu spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, zaś w poświadczeniu z dnia 7 lipca 2014 r. (SPZOZ/ZP/382-REF/9/2014) stwierdzono, że wykonawca wykonywał usługę w zakresie utrzymania czystości, bez precyzyjnego wskazania terminu jej realizacji.

Mając powyższe na uwadze, uwzględniając przy tym twierdzenia wykonawcy konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., iż powyższa usługa odpowiada wymogom postawionym w treści SIWZ, Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W ramach tych wyjaśnień wykonawca będzie mógł powoływać w szczególności okoliczności wynikające, w jego ocenie, z przedłożonych na rozprawie pism z dnia 2 lipca i 7 lipca 2014 r. Jednocześnie, Izba nakazała, by – w przypadku gdy złożone wyjaśnienia nie będą potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu – Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów.

23

Izba nie znalazła natomiast podstaw do uwzględnienia pozostałych zarzutów odwołania dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 90 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1-3 Pzp.

I. Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący wskazał w odwołaniu na zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum: Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., oraz wykonawcy konsorcjum: Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w

celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo istnienia uzasadnionych wątpliwości, co do zaoficerowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Jednocześnie Odwołujący postawił zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawców, w sytuacji, gdy ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na podstawie podniesionych zarzutów Odwołujący wnosił o odrzucenie ofert ww. wykonawców, z uwagi na fakt, iż zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odwołaniu nie sformułowano natomiast, pomimo przywołania art. 90 ust. 1 Pzp, żądania nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawców do udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, lecz jak wskazano wcześniej żądanie dotyczyło definitywnego rozstrzygnięcia w postaci odrzucenia ofert. W związku z powyższym należy zauważyć, iż samo żądanie odrzucenia ofert, w sytuacji gdy Zamawiający nie stosował procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp, było żądaniem zbyt daleko idącym. Jednocześnie, w sytuacji gdy nie było jeszcze wezwania do wyjaśnień, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, należy procesowo uznać za zarzut przedwczesny (por. wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1811/13; KIO 1813/13; KIO 1814/13; wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-295/89 ("Impresa Dona Alfonsa")).

Niezależnie od powyższych uwag natury procesowej, Izba nie znalazła merytorycznych podstaw do uznania zarzutów Odwołującego. Ich podstawę stanowiły twierdzenia o rażącym zaniżeniu ceny jednostkowej za usługę utrzymania czystości. Pojęcie ceny rażąco niskiej należy, co do zasady, odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi bowiem o stosunku ceny do przedmiotu zamówienia. Jedynie w wyjątkowych sytuacjach możliwe jest badanie cen jednostkowych, przykładowo gdy jest to uzasadnione określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, specyfiką przedmiotu zamówienia, czy sposobem wynagradzania wykonawcy. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie zaistniały tego rodzaju wyjątkowe przesłanki, a co najmniej nie zostały one udowodnione przez Odwołującego. Należy zauważyć, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług kompleksowego sprzętania, a Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert

24

częściowych (Rozdział IV SIWZ). Specyfika przedmiotu zamówienia nie uzasadnia stosowania pojęcia rażąco niskiej ceny do cen za poszczególne usługi, gdyż nie są one oddzielnymi elementami przedmiotu zamówienia, lecz łącznie składają się na usługę oczekiwaną przez Zamawiającego. W żadnym wypadku usłudze utrzymania czystości nie można nadawać wiodącego charakteru, a tym samym nie sposób uznać, że cena za tę usługę determinuje cenę całej oferty w stopniu uzasadniającym postrzeganie (przez pryzmat tej ceny jednostkowej) ceny globalnej za cenę rażąco niską. W trakcie rozprawy Przystępujący trafnie podnosili, że Odwołujący nie wykazał tych okoliczności. W odniesieniu do stanowiska o braku priorytetowego znaczenia usługi utrzymania czystości należy wskazać na zakres prac określony w Załączniku nr 2 do SIWZ. Na podstawie treści tego dokumentu, także przy uwzględnieniu Planu higieny szpitala, nie można wnioskować, by usługa utrzymania czystości stanowiła przeważającą część zamówienia. W istocie sam Odwołujący dowodził jedynie, że usługa sprzętania jest usługą podstawową, a jeżeli nie podstawową, to na pewno nie usługą marginalną. Nie zostało jednak udowodnione, by usługa ta miała charakter wiodący. Istotnym znaczeniem oraz obszernym zakresem prac, będących przy tym, zdaniem składu orzekającego, pracami bardziej złożonymi i wymagającymi niż te związane z utrzymaniem czystości, cechuje się usługa obsługi sanitarnej szpitala. W jej zakres wchodzi takie czynności jak pomoc w przygotowaniu sali operacyjnej, pomoc przy ułożeniu na stole operacyjnym oraz przełożeniu na łóżko po zabiegu, pomoc w przebieraniu pacjentów, pomoc przy transportowaniu pacjentów na badania i między oddziałami, wynoszenie oraz zabezpieczanie łóżysk do utylizacji lub Pracowni Patomorfologii, obsługa destylatora, czy odkażanie i utylizacja resztek badanego materiału metodą pary wodnej pod ciśnieniem. Obok tego w zakres tej usługi wchodzi szereg innych prac wykonywanych codziennie, przez wiele godzin w czasie funkcjonowania szpitala. Podobnie usługa transportu wewnętrznego obejmuje szereg prac i nie można jej przypisać znaczenia marginalnego. W konsekwencji, jak wskazano powyżej, w niniejszej sprawie specyfika przedmiotu zamówienia nie świadczy, by usługa utrzymania czystości przeważała nad pozostałą częścią usług wchodzących w jedno świadczenie kompleksowe, którego oczekuje Zamawiający, w takim stopniu by cena jednostkowa za tę usługę mogła być badana w kontekście rażąco niskiej ceny bądź by determinowała ona cenę globalną w stopniu uzasadniającym twierdzenia o jej rażącym zaniżeniu. Warto w tym miejscu przywołać

tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 791/13, gdzie wskazano, że „przepisy Pzp odnoszące się do badania ceny oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. odwołują się do ceny oferty, a nie jej elementów. Kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny częściowe determinują cenę całej oferty”.

25

Badanie cen jednostkowych nie znajduje uzasadnienia także w określonych w SIWZ kryteriach ocen. Okolicznością uzasadniającą takie twierdzenia byłoby przykładowo nadanie cenom za poszczególne usługi cechy odrębnych kryteriów oceny ofert, przyznanie w ramach cen jednostkowych punktacji, która następnie stanowiłaby o ocenie całej oferty. W niniejszym postępowaniu tego rodzaju okoliczności nie miały miejsca, Zamawiający przewidział tylko jedno kryterium – najniższej ceny, a we wzorze służącym do obliczania ceny przyjął wartości odnoszące się do ceny ofert, a nie cen za poszczególne usługi (Rozdział XIX SIWZ).

Także sposób wynagradzania wykonawcy nie może stanowić okoliczności przemawiającej za odstąpieniem w niniejszej sprawie od zasady, iż to cena całkowita podlega badaniu w kontekście zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W § 7 ust. 1 i 2 projektu umowy (Załącznik nr 11 do SIWZ), przewidziano jedynie określenie łącznej całkowitej wysokości wynagrodzenia wykonawcy, oraz wysokości wynagrodzenia miesięcznego stanowiącego sumę wartości przyjętych dla usług składających się na przedmiot zamówienia. Określenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy stanowi *essentialia negotii* umowy i stanowi dla Zamawiającego zabezpieczenie przed żądaniem wykonawcy zapłaty wyższego wynagrodzenia. Taki cel, istotę i charakter należy przede wszystkim przypisywać tym postanowieniom. Należy przy tym zauważyć, iż podstawowym podziałem sposobu wynagradzania jest podział na kwotę łączną oraz wynagrodzenie miesięczne, jako całości wynikającej z cen podanych przez wykonawcę za realizację wszystkich poszczególnych usług składających się na jedną usługę o charakterze kompleksowym. Szczególnego znaczenia cen jednostkowych, w kontekście rażąco niskiej ceny i przyjętego sposobu wynagradzania wykonawcy, nie można także wywodzić z postanowień zawartych w § 7 ust. 3 i 4 projektu umowy. Dotyczą one hipotetycznych sytuacji, które nie muszą zaistnieć w trakcie realizacji przedmiotu umowy, a ponadto dotyczą tylko jednej z szeregu usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie można także uznać, by z treści § 7 ust. 9 projektu umowy wynikało, że cena jednostkowa musi uwzględniać wszystkie koszty jej wykonania. Przedmiotowe postanowienie nie stanowi, zdaniem składu orzekającego, o sposobie, w jaki wykonawca ma obowiązek dokonać na etapie składania oferty kalkulacji ceny jednostkowej lecz funkcje i cel § 7 ust. 9 projektu umowy związane są z zapewnieniem Zamawiającemu gwarancji i zabezpieczenia, że wykonawca już na etapie realizacji zamówienia nie będzie mógł podwyższać kwoty wynagrodzenia o żadne dodatkowe kwoty. Należy wskazać, że Opis sposobu obliczenia ceny został wskazany w treści SIWZ, a nie w treści projektu umowy. Z przyjętego przez Zamawiającego opisu wynika, że to cena oferty ma uwzględniać wszystkie koszty. Z treści SIWZ nie wynika natomiast, by Zamawiający wymagał, że ma to dotyczyć także ceny jednostkowej.

26

Skalkulowanie ceny za usługę utrzymania czystości na niskim poziomie nie mogło w niniejszej sprawie stanowić wystarczającej podstawy do przypisania cenom globalnym podanym w ofertach Przystępujących cechy rażącego zaniżenia. Ocena tej kwestii tylko przez pryzmat cen wskazanych za usługę utrzymania czystości prowadziłaby do błędnych wniosków. Należy wskazać, że cena globalna ofert Przystępujących pozostawała w normalnej proporcji zarówno do wartości przedmiotu zamówienia, oszacowanej przez Zamawiającego, jak też nie odbiegała w sposób znaczny od cen ofert pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Należy w tym miejscu wskazać na stanowiska wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które w ocenie składu orzekającego, znajdują odpowiednie przełożenie na stan faktyczny i okoliczności niniejszej sprawy. I tak:

W wyroku z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 219/14; KIO 221/14, wyrażono

pogląd, iż „Wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny oferty na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych prac oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania. Rażąco niska cena odnoszona jest, jak wynika z treści przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i art. 90 ust. 3 p.z.p. do przedmiotu zamówienia, a nie wybranego elementu zamówienia”. Odwołujący sam w ramach strategii budowania swojej ceny kierował się wynikiem końcowym. Przykładowo, jak wynika z oferty Odwołującego cena za obsługę sanitarną została ustalona w wysokości 33.995,80 zł brutto. Cena tej usługi w ofertach pozostałych wykonawców wyniosła natomiast: 80.463,55 zł brutto w ofercie wykonawcy konsorcjum Derślaw Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usługowe Gos-Zec Sp. z o.o., 50.000 zł brutto w ofercie wykonawcy konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. k., a w ofertach Przystępujących 122.845,00 zł brutto i 111.972,58 zł brutto.

W niniejszej sprawie, cena całkowita ofert Przystępujących została skalkulowana w sposób zapewniający pokrycie kosztów prac wykonywanych kompleksowo w ramach wszystkich usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, a wykonawcy składając oferty kierowali się zamiarem osiągnięcia określonego zysku. Na tę okoliczność Przystępujący Clar System S.A. i Hospital Sp. z o.o. przedłożył w toku rozprawy stosowne wycenienie. Odwołujący z kolei nie przedłożył dowodów, które wykazywałyby, że zaferowane ceny całkowite nie gwarantują nawet minimalnego zysku, bądź które dyskwalifikowałyby rzetelność wycenienia przedstawionych przez ww. Przystępującego. Wykonawca konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. oraz Propel System Sp. z o.o. jest z kolei wykonawcą, który aktualnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego. Odwołujący nie podnosił by usługi te świadczone były ze stratą lub poniżej kosztów, a wartość tych usług wskazana w Wykazie usług załączonym do oferty Przystępującego (2.113.859,32 zł za okres

27

14sto miesięczny), z uwzględnieniem okresu stanowiącego podstawę ich wycenienia, pozostaje w zbliżonej proporcji do ceny podanej w ofercie (2.796281,60 zł za okres 20miesięczny), co z kolei stanowi kolejny argument przemawiający za uznaniem, że cena ta została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich kosztów i przewidywaniem określonego zysku.

W powołanym powyżej wyroku wskazano także, że „Przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. winna być cena oferty za realizację całego przedmiotu zamówienia, a nie cena za pojedynczy element. (...) Skierowanie pytania do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Nie jest więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na niskim czy też bardzo niskim poziomie. Taki sposób kalkulacji nie powoduje, iż cena oferty jest rażąco niska. Dla uznania, że cena jest rażąco niska nie jest wystarczające jedynie matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość od ceny innego wykonawcy. Każdy wykonawca kieruje się inną strategią w prowadzeniu działalności i innymi kryteriami w obliczaniu zysku i rentowności firmy, na co składają się nie tylko czynniki finansowe (...)”.

Podobnie w wyroku z dnia 18 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1338/13, wskazane zostało, że „Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 p.z.p. stanowią literalnie, że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych tylko pozycji (...). Nie ma możliwości wezwania w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., a w konsekwencji oceny wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. tylko w kontekście ceny jednostkowej”. Tożsame stanowisko, iż kwestionowanie wyłączenie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową nie może wskazywać na rażąco niską cenę ofertową zostało zawarte w wyroku KIO z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1068/13 (teza pierwsza) oraz wyroku z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt KIO 2005/12.

Warto także przywołać stanowisko Izby przedstawione w wyroku z dnia 15 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3021/13, zgodnie z którym za nieuprawnione należy uznać wnioskowanie o zakresie świadczenia na podstawie cen, a tym bardziej na podstawie cen jednostkowych. Doświadczenie życiowe wskazuje, że sposób konstruowania ceny oferty może być różny. Należy więc przyjąć, że co do zasady cena jednostkowa nie rozstrzyga o zakresie i przedmiocie świadczenia, tym bardziej, że cena ma inne funkcje. Cena jest jednym

z elementów zobowiązania i pozostaje w odpowiedniej relacji do przedmiotu zamówienia, ale relację tę określa oferent a nie inny wykonawca czy też oblat.

Powyższe stanowiska i poglądy znajdują, w ocenie składu orzekającego, zastosowanie do realiów niniejszej sprawy. W szczególności, jak wskazano, nie zaistniały w tym

28

postępowaniu okoliczności, które uprawniałyby do zastosowania wyjątku od zasady, że to cena całkowita stanowi punkt wyjścia dla oceny zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp. Stanowisko Izby w tym zakresie musiało przy tym uwzględnić konsekwencje wynikające z rozkładu ciężaru dowodowego pomiędzy pozostającymi w sporze wykonawcami. Odwołujący nie wykazał także by ceny całkowite zawarte w ofertach Przystępujących były cenami rażąco niskimi, a okoliczności sprawy, w tym szacunkowa wartość zamówienia oraz ceny ofert pozostałych wykonawców nakazywały uznanie, że w tym przedmiocie nie występują znaczne dysproporcje.

II. Zarzuty dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji.

Z treści odwołania oraz stanowiska przedstawionego na rozprawie wynika, że Odwołujący doszukiwał się popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w działaniach polegających na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia (art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) oraz w ukształtowaniu ceny w sposób, który nie znajduje odzwierciedlenia w przedmiocie zamówienia z wykorzystaniem zwolnienia od podatku VAT, które to manipulacje pozwoliły Przystępującym na zaoferowanie niższej ceny – jako czyn kwalifikowany z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba nie uznała zasadności argumentów wykonawcy konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o., nakierowanych na wykazanie, że oba powyższe zarzuty zostały sformułowane dopiero na rozprawie. W treści odwołania przywołany został art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, podnoszone w odwołaniu okoliczności i twierdzenia pozwalały na uznanie, że odrębnym zarzutem jest sprzedaż usług poniżej kosztów, tak więc pomimo, iż art. 15 ust. 1 ww. ustawy nie został w sposób wyraźny powołany w treści odwołania, a zostało to uczynione na etapie rozprawy, całościowa analiza treści odwołania pozwalała na wywiedzenie, że stanowi on także zarzut odwołania, a tym samym nie doszło do nieuprawnionego rozszerzenia zakresu zarzutów.

W odniesieniu do kwestii manipulowania proporcjami poszczególnych usług i ich wyceną należy wskazać, że w określonych sytuacjach działanie to może być kwalifikowane, jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W orzecznictwie Izby przyjęto dotychczas, że sytuacja ta zachodzi, gdy manipulacja cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, wskazuje na zaoferowanie tych cen jednostkowych w oderwaniu od cen rynkowych i jest nakierowana wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 7/13; wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1240/13; KIO 1246/13; KIO 1248/13; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., sygn. akt KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11). Powyższe koresponduje także ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który w ramach przeprowadzanej

29

kontroli uznał, że działanie wykonawcy polegające na manipulowaniu kryteriami oceny ofert celem uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazywali cenę, wypełnia znamiona dokonania czynu nieuczciwej konkurencji (por. Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13). Podzielając w pełni trafność powyższych ocen należy wskazać, iż okoliczności niniejszej sprawy nie uzasadniają ich zastosowania do oceny zarzutów podniesionych przez Odwołującego. W niniejszej sprawie ceny za poszczególne usługi nie były bowiem odrębnymi kryteriami oceny ofert, sposób wyceny poszczególnych usług nie zapewniał wykonawcom żadnej dodatkowej punktacji, a decydujące znaczenie przy wyborze oferty najkorzystniejszej miała cena całkowita.

Odnosząc się do zarzutu popełnienia czynu z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy wskazać, że w myśl tego przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W niniejszej sprawie, jak

wskazano wcześniej, wycena całości usługi, będącej usługą kompleksową, nie została dokonana w sposób odbiegający od szacunkowej wartości zamówienia, ani nie pozostaje w istotnej dysproporcji z cenami całkowitymi pozostałych ofert. W ocenie składu orzekającego podobnie, jak przy ocenie kwestii dotyczącej rażąco niskiej ceny, punktem odniesienia powinna być w zakresie omawianego zarzutu cena globalna za całość usługi, a nie cena jednostkowa jednej tylko usługi. Niektóre elementy składające się na cenę mogą być bowiem wycenione drożej, a inne taniej. Dla wykonawcy wykonującego usługę kompleksową, w kontekście wypracowania zysku, istotne znaczenie mają koszty ponoszone w całości na realizację przedmiotu zamówienia. Strategia budowania ceny całkowitej stanowi w tym wypadku element gry rynkowej pomiędzy konkurującymi między sobą przedsiębiorcami. Zamawiający i tak wybiera natomiast ofertę najtańszą kierując się jednolitym kryterium najniższej ceny. Jak wskazano wcześniej Odwołujący także korzystał, zdaniem Izby, z tej strategii wyceniając cenę za obsługę sanitarną na poziomie zdecydowanie niższym niż oferty pozostałych wykonawców.

W niniejszej sprawie należy wskazać jednocześnie, że wykonawca konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. przedstawił wyjaśnienie elementów ceny wskazując na poszczególne koszty realizacji usługi, oraz na poziom przewidywanego zysku. Z wyliczenia nie wynika, by usługa – oceniana w ujęciu całościowym – miała być świadczona poniżej kosztów jej wytworzenia (także ocenianych w ujęciu globalnym, jako koszty realizacji całości usługi o charakterze kompleksowym). Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania przedmiotowego wyliczenia, Odwołujący bynajmniej nie przedstawił dowodów, które mogłyby je zdyskredytować.

30

Należy następnie wskazać, że użyte w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji sformułowanie „w celu” wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej (por. wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 708/13). Wykonawcy powinno być udowodnione, że zaniżenia ceny dokonał celowo i z zamiarem wyeliminowania innych wykonawców. Kwestie te także nie zostały wykazane przez Odwołującego. Popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, będącego poważnym złamaniem podstawowej reguły działalności gospodarczej, podważającym renomę danego przedsiębiorcy, wymaga zaś wykazania ponad wszelką wątpliwość zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących przypisanie wykonawcy tego rodzaju działania. Ponadto, wymaga podkreślenia, że istotą czynu z art. 15 ust. 1 ww. ustawy jest utrudnianie dostępu do rynku. Odwołujący nie dowiódł, by działanie Przystępujących stanowiło element szerszego planu nakierowanego na utrudnienia mu dostępu do rynku – rozumianego w kontekście niniejszego zamówienia jako rynek usług sprzątnięcia świadczonych na rzecz szpitali. Warto także zauważyć, że oferty Przystępujących były zbliżone cenowo, co utrudniało uznanie, iż każdy z nich zmierzał do eliminacji innych wykonawców, zwłaszcza w sytuacji gdy Odwołujący nie podnosił, ani nie wykazywał, by miało w tym przypadku dojść do zмовy między nimi.

Odnosząc się do zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji kwalifikowanego z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy z kolei wskazać, że także w tym zakresie Odwołujący nie udowodnił zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie zawartej w tym przepisie normy prawnej. W ocenie Odwołującego Przystępujący ukształtowali cenę w sposób, który nie znajduje odzwierciedlenia w przedmiocie zamówienia. Odwołujący nie wykazał jednak w sposób precyzyjny, w jaki sposób zakres przedmiotu zamówienia powinien przekładać się na poszczególne ceny. Należy także przywołać ponownie pogląd przedstawiony w wyroku KIO z dnia 15 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3021/13, iż za nieuprawnione należy uznać wnioskowanie o zakresie świadczenia na podstawie cen, a tym bardziej na podstawie cen jednostkowych. Następnie, jak wskazano wcześniej, w przypadku usług o charakterze kompleksowym, gdy decydujące znaczenie ma cena globalna za realizację całości przedmiotu zamówienia, wykonawcy przysługuje pewien margines swobody w strategii budowania ceny. Wykonawcy nie może w tym przypadku obciążać także okoliczność korzystania w sposób zgodny z prawem ze zwolnień podatkowych, na którą to okoliczność powołano stosowne interpretacje podatkowe, a i sam Odwołujący nie kwestionował dopuszczalności stosowania tego rodzaju zwolnień przy wycenie oferty. W istocie zarzut Odwołującego sprowadzał się do twierdzenia o zawiżeniu ceny za wykonanie usługi obsługi sanitarnej, w stosunku do której Przystępujący korzystali ze zwolnienia z podatku VAT, jednoczesnym zaniżeniu ceny za usługę utrzymania

stwierdzenia, by w ramach kwestionowanego sposobu kształtowania ceny wykonawcy zawyżyli cenę za usługę obsługi sanitarnej. Przystępujący zaoferowali w tej materii ceny w wysokości 111.972,58 zł brutto i 122.845,00 zł brutto. Inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zaoferowali z kolei cenę 80.463,55 zł brutto oraz 50.000,00 zł brutto. Oferta Odwołującego w tym zakresie zawiera natomiast cenę 33.995,850 zł brutto. Z porównania tych ofert nie sposób wywodzić zawyżenia ceny za tę część usługi, gdyż równie uprawnionym byłoby wnioskowanie o zaniżeniu przez Odwołującego ceny jednostkowej. Warto także wskazać, że cena oferty Odwołującego za usługę transportu wewnętrznego znacznie odbiega od cen pozostałych ofert. W ofercie Odwołującego podano w tym zakresie kwotę 33.995,80 zł brutto. W ofercie pozostałych wykonawców cena ta została podana odpowiednio w wysokościach: 5.020,00 zł brutto, 9.461,78 zł brutto, a w ofertach Przystępujących 4.182,00 zł brutto oraz 15.007,50 zł brutto. Powyższe kwoty uzasadniają, zdaniem sądu orzekającego, stwierdzenie, że także Odwołujący kierował się przyjętą przez siebie strategią budowania ceny i sposobem jej ukształtowania. Okoliczność, że inni wykonawcy – w tym Przystępujący – przyjęli inny sposób, w ramach którego skorzystali jednocześnie z niekwestionowanego przez Odwołującego prawa stosowania zwolnienia z podatku VAT, nie świadczy o tym, by ich działania były bezprawne lub by naruszały dobre obyczaje. W postępowaniach, w których znaczenie ma jedynie kryterium najniższej ceny, zasada konkurencyjności może w znacznej mierze realizować się właśnie w sposobie jej kalkulacji. Jedynie cena stanowi bowiem wówczas „narzędzie” do wzajemnej rywalizacji między przedsiębiorcami. W sytuacji gdy rozstrzygające znaczenie ma cena globalna niektóre elementy składowe mogą być wycenione drożej, a inne taniej. Tego rodzaju działania nie można *a priori* uznać za bezprawne, czy naruszające dobre obyczaje, także gdy połączone jest to z wykorzystaniem dozwolonych instrumentów prawnych w postaci korzystania ze zwolnień podatkowych. Ewentualnie inna ocena musi znajdować uzasadnienie w indywidualnych i specyficznych okolicznościach badanych stosownie do danego przypadku (*ad casum*), czego Odwołujący w niniejszej sprawie nie wykazał. Należy w tym miejscu wskazać, że z uwagi na ogólnikowość przywołanych argumentów nie sposób odnieść się szczegółowo do podnoszonej kwestii możliwości popełnienia przestępstwa skarbowego. Odwołujący ani nie wskazał przepisu, który miałby zostać naruszony, ani okoliczności uzasadniających wysuwane podejrzenia. Twierdzenia te pozostawały tym bardziej chybione, gdy weźmie się pod uwagę, iż na obecnym etapie postępowania nie doszło ani do zawarcia umowy, ani do żadnych płatności. Działania wykonawców miałyby więc przybrać ewentualnie postać przygotowania. Jak wskazuje się w doktrynie Kodeks karny skarbowy nie przewiduje karalności przygotowania do przestępstw skarbowych, nie przewiduje również karalności tak usiłowania, jak i przygotowania do wykroczeń skarbowych (por. G. Łabuda, Komentarz do art. 21 Kodeksu karnego skarbowego, 2012.04.01, Lex/el).

Zarówno kwestia bezprawności, jak i naruszenia dobrych obyczajów nie została w sposób rzeczowy wykazana przez Odwołującego. W szczególności nie dowiedziono, by różnica w proporcjach poszczególnych usług nie mogła zostać uznana jedynie za element dozwolonej kalkulacji. W odniesieniu do przesłanki dobrych obyczajów nie jest przy tym wystarczające powołanie jedynie tej ogólnej klauzuli generalnej, a podmiot stawiający zarzut obowiązany jest wykazać, jaki konkretnie dobry obyczaj doznał naruszenia (por. wyrok SN z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt II CSK 363/07).

III. Zarzut dotyczący poprawienia omyłki oraz niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Izba nie podzieliła zarzutu, by Zamawiający dopuścił się naruszenia tego przepisu poprzez poprawienie liczby osób w pozycji 25 Wykazu obsady stanowisk przedłożonym przez wykonawcę Ever Grupa Sp. z o.o. Izba wzięła pod uwagę, iż w wykonawca zaoferował w tym wykazie łącznie 67 osób. Zliczenie wartości wskazanych w poszczególnych pozycjach wynosi natomiast 66. Tylko w pozycji nr 14

wykonawca zaoferował jedną osobę ponad minimalny poziom wymagań, w pozostałych pozycjach wykonawca wskazał liczbę odpowiadającą minimum zakreślonym przez Zamawiającego – oprócz poz. 25, gdzie omyłkowo wskazał liczbę 1. Poprawienie tej omyłki w sposób dokonany przez Zamawiającego było uzasadnione i nie prowadziło do zmiany treści oferty, lecz matematycznej zgodności pomiędzy łączną ilością (67) i sumą poszczególnych pozycji wykazu. Nie nastąpiły w tym zakresie żadne przesunięcia wartości z dotychczasowych pozycji, lecz wartość 1 (brakująca dla zgodności rachunku z łączną wartością 67) została prawidłowo poprawiona w miejscu, w którym omyłkowo zamiast liczby 2 podano liczbę 1. Izba nie uznała jednocześnie argumentów Odwołującego, że poprawienie omyłki mogło w tym wypadku polegać jedynie na poprawieniu sumy wartości wskazanych w poszczególnych pozycjach. Tego rodzaju poprawka nie skutkowałaby w ogóle wyeliminowaniem omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją. W ocenie składu orzekającego instrument prawny przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp odnosi się w szczególności do takich sytuacji, jak ta zaistniała w niniejszej sprawie. Można przyjąć generalnie, że wykonawca przystępujący do postępowania kieruje się zamiarem złożenia oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego. W tej sprawie nie można było uznać, że wykonawca celowo wskazał mniejszą liczbę w poz. 25 wykazu. Jest to wykonawca, który posiada doświadczenie na rynku, realizuje aktualnie usługę na rzecz Zamawiającego i posiada wiedzę, że obsługa stanowiska z poz. 25 nie jest możliwa przez 1 osobę. Wskazanie tej wartości w poz. 25 było wynikiem oczywistej omyłki, a nie zamierzonym działaniem. Izba stwierdziła także, że poprawienie tej omyłki nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty.

33

Reasumując, zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należało uznać za bezpodstawny. W konsekwencji nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na to, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający działał w granicach przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a oferta wykonawcy wskutek poprawienia omyłki nie pozostawała niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący nie podniósł przy tym innych okoliczności, które mogłyby uzasadniać zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

IV. Zarzut dotyczący utajnienia części Wykazu usług oraz referencji.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba ustaliła w tym względzie, że część wykazu i referencje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczą usług wykonywanych na rzecz podmiotu prywatnego, poza reżimem ustawy Pzp. Zdaniem składu orzekającego informacje te posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, o której stanowi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wszystkie elementy tajemnicy przedsiębiorstwa, na które wskazuje się w tym przepisie oraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00) zostały wypełnione. Izba stwierdziła, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą i nie zostały podane do publicznej wiadomości. W stosunku do informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa podjęto działania mające na celu zachowanie poufności, na co wskazał Przystępujący. Izba uznała zatem zarzut za niepotwierdzony. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie przekonujących argumentów oraz dowodów (por. wyrok KIO z dnia 24 lipca 2013 r.).

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) Prawa zamówień publicznych oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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 związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, na rzecz Odwołującego, uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie, w związku z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego oraz złożeniem w toku postępowania wniosku o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wraz z fakturą VAT, Izba zasądziła na rzecz Zamawiającego wnioskowaną kwotę stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 2 *in fine* ww. rozporządzenia. Przepis ten stanowi bowiem, że w przypadku

uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego. Koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia mogą więc w tej sytuacji zostać zasądzone zarówno na rzecz odwołującego, jak i zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający korzystał z pomocy profesjonalnego pełnomocnika i nie zaistniały powody, dla których Izba, miałaby uznać, że koszty poniesione z tego tytułu były nieuzasadnione i odmówić ich zasądzenia na rzecz Zamawiającego. Obowiązek zwrotu przedmiotowych kosztów został jednocześnie rozdzielony, w sposób równomierny, stosownie do liczby wykonawców, którzy zgłosili sprzeciw.

Przewodniczący: