Sygn. akt: KIO 1488/14
KIO 1548/14

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

1. 21 lipca 2014 r. przez wykonawcę **Aspen Sp. z o.o.** z siedzibą w Krakowie (sygn. akt 1488/14),
2. 28 lipca 2014 r. przez wykonawcę: Konsorcjum firm: **Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie** (sygn. akt 1548/14),

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wolski im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie**
przy udziale wykonawców:

1. Konsorcjum firm: **Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1488/14;

---

2. **Aspen Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1548/14,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę Aspen Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (sygn. akt. 1488/14) i nakazuje zamawiającemu Szpitalowi Wolskiemu im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Aspen Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy Aspen Sp. z o.o.**

2. **Oddala odwołanie wykonawcy: Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (sygn. KIO 1548/15);**

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 1488/14 obciąża **zamawiającego Szpital Wolski im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Aspen Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie** na rzecz **wykonawcy Aspen Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie** kwotę **18.597,75 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych i

siedemdziesiąt pięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 1548/14 obciąża **odwołującego Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o.:** i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Konsorcjum firm: **Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

4.2. zasądza od odwołującego Konsorcjum firm: **Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o.** na rzecz wykonawcy **Aspen Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie** kwotę **3.597 zł 75 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych i siedemdziesiąt pięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący

……

Sygn. akt: KIO 1488/14
KIO 1548/14

UZASADNIENIE

Sygn. akt. 1488/14

W dniu 21 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Aspen Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący") wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej (dalej „Zamawiający"):

- wezwania w dniu 09.07.2014 r. (otrzymane w dniu 10.07.2014 r.) Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty w zakresie zadania nr 1 — świadczenie kompleksowej usługi sprzątania;
- wezwania w dniu 09.07.2014 r. (otrzymano w dniu 10.07.2014 r.) Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj.: 1) ulotek środków myjących wraz z kartami charakterystyki, 2) ulotek płynów do gruntownego sprzątania wraz z kartami charakterystyki, 3) kart charakterystyki środków do dezynfekcji;
- odrzucenia oferty Odwołującego;
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum firm: IZAN+ Sp, z o.o., Naprzód Cleaning Sp. z o.o., Vendi Servis Sp. z o.o,, Medassit Sp. z o.o., oferty nr 2: Konsorcjum firm: Clar System S.A., Hospital System Sp. z o.o. oraz oferty nr 4: Konsorcjum firm: IMPEL Cleaning Sp. z o.o., Hospital Service „Company" Sp. z o.o. Sp. K.;
- wyboru oferty nr 1: Konsorcjum firm: IZAN+ Sp. z o.o., Naprzód Cleaning Sp. z o.o., Vendi Servis Sp. z o.o., Medassit Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty w zakresie zadania nr 1 - świadczenie kompleksowej usługi sprzątania, pomimo braku wystąpienia przesłanek uzasadniających skierowanie do Odwołującego takiego wezwania w ogóle, jak i

poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących jednego z zadań (a nie całości oferty);
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, których przedłożenie nie było wymagane w SIWZ;
- art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na występowanie w ofercie błędów w obliczeniu ceny, występowanie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz domniemaniem, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy żadna z przywołanych przesłanek nie potwierdza się;
- art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, który złożył ofertę niezawierającą ceny rażąco niskiej i który po otrzymaniu wezwania złożył stosowne wyjaśnienia;
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: IZAN+ Sp. z o.o., Naprzód Cłeaning Sp. z o.o., Vendi Servis Sp. z o.o., Medassit Sp. z o.o, w sytuacji gdy oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz poprzez zaniechanie odrzucenia ofert firm: konsorcjum firm: Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. oraz oferty konsorcjum firm: IMPEL Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Service „Company" Sp. z o.o. Sp. K. których oferty są niezgodna z treścią SIWZ oraz zawierają błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o: (i) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: IZAN+ Sp. z o.o., Naprzód Cleaning Sp. z o.o., Vendi Servis Sp. z o.o., Medassit Sp. z o.o.; (ii) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (iii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania skierowanego do Odwołującego w zakresie uzupełnienia dokumentów oraz w zakresie rażąco niskiej ceny; (iii) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert firm: Konsorcjum firm: IZAN+ Sp. z o.o., Naprzód Cleaning Sp. z o.o., Vendi Servis Sp. z o.o., Medassit Sp. z o.o., oferty nr 2: Konsorcjum firm: Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. oraz oferty nr 4: Konsorcjum firm: IMPEL Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Service „Company" Sp. z o.o. Sp.K., których oferty są niezgodnie z treścią SIWZ oraz zawierają błędy w obliczeniu ceny; (iv) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty i w rezultacie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej ze względu na przyjęte kryteria oceny ofert oraz zgodnej z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 09.07.2014 r. (otrzymanym przez Odwołującego w dniu 10.07.2014 r. czwartek), Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj.: 1) ulotek środków myjących wraz z kartami charakterystyki, 2) ulotek płynów do gruntownego sprzątania wraz z kartami charakterystyki, 3) kart charakterystyki środków do dezynfekcji. Jak wskazał Zamawiający, przedmiotowe dokumenty były wymagane w treści SIWZ – w załączniku nr 1.4 do opisu przedmiotu zamówienia. Pismem z dnia 14.07.2014 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w tym zakresie, powołując się na treści SIWZ oraz załącznika nr 1.4 do opisu przedmiotu zamówienia wraz z wyjaśnieniami treści SIWZ jakie zostały udzielone w trakcie przedmiotowego postępowania. Odwołujący wskazał, że w żadnej części SIWZ czy też odpowiedziach na zapytania Zamawiający nie wymagał przedstawiania w ofercie dokumentów o których była mowa w

wezwaniu. Jednocześnie, z ostrożności procesowej, Odwołujący doręczył do Zamawiającego karty charakterystyki środków do dezynfekcji. W ocenie Odwołującego należy podnieść, iż środki te zostały wykazane w ofercie w postaci ulotek - odwołujący nie wprowadził żadnych nowych wymagań poprzez przekazanie kart charakterystyki. Odwołujący wezwał Zamawiającego do wycofania wadliwie złożonego wezwania, jednak do dnia rozstrzygnięcia postępowania Zamawiający nie dokonał żadnej czynności w tym zakresie.

Co do wezwania dotyczącego rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 14.07.2014 r. złożył w przedmiotowym zakresie wyjaśnienia, nie zgadzając się jednocześnie z treścią merytoryczną wezwania. Odwołujący podkreślił, że złożenie wyjaśnień w zakresie art. 90 ustawy Pzp nie miało żadnego uzasadnienia. W sytuacji w której wykonawca oferuję cenę za wykonanie zamówienia która stanowi ponad 95% wartości jaką przeznaczył Zamawiający na realizację zamówienia wezwanie należy w ocenie Odwołującego uznać za bezzasadne. Odwołujący wskazał, że obecnie świadczy u Zamawiającego usługę która jest niemal identyczna jak w przypadku przedmiotowego postępowania, zna zakres oraz koszty jakie należy ponieść celem należytego wykonania umowy. Odwołujący dokonał wyjaśnień pomimo braku zasadności wezwania, odnosząc się do całości wartości oferty, która nota bene różniła się od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia jedynie o 4,74%. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał wybiórczego zastosowania swoich uprawnień wynikających z zastosowania trybu art. 90. Nie było bowiem w ogóle jakichkolwiek podstaw do kierowania zapytań w zakresie ceny rażąco niskiej do Odwołującego. Jeżeli Zamawiający miał (chociaż nie powinien mieć) wątpliwości co do ceny oferty, winien dokonać wezwania w zakresie pełnym, a nie tylko w zakresie elementu stanowiącego część całości ceny. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający dokonał czynności podziału zamówienia na zadania - wskazując jednocześnie, że podział na zadania

ma charakter porządkowy. Dodatkowo, w treści złożonych odpowiedzi na zapytania potwierdził, że nie można składać oferty na poszczególne zadania - wyłącznie na całość. Zamawiający w zaistniałej sytuacji nie mógł dokonać odrzucenia oferty w oparciu o art. 90 ustawy Pzp, gdyż żadna z obiektywnych przesłanek w tym zakresie nie zaistniała.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z opinią Zamawiającego, iż przygotował ofertę niezgodnie z wytycznymi SIWZ. Zapisy o podziale ceny w stosunku 70/30 (sprzątanie/ transport) nie zostały ujawnione w treści SIWZ, w związku z czym powoływanie się na nie jest niezgodne z ogólnie przyjętymi zasadami prowadzenia postępowania przetargowego. Odwołujący jak i pozostali wykonawcy musieli dokonać przygotowania oferty w oparciu o wytyczne określone w SIWZ.

W ocenie Odwołującego powoływanie się Zamawiającego na treść ogłoszenia, która w swoim zakresie jest różna od treści SIWZ nie może mieć żadnego wpływu na tok przebiegu procedury. Odwołujący wskazał, że to Zamawiający winien czuwać na straży praworządności i dokonywać oceny ofert wyłącznie w oparciu o przedstawione w SIWZ warunki, jakimi nie były w tym przypadku narzucone odgórnie procentowe podziały poszczególnych usług. Zapis podany w ogłoszeniu ma w zaistniałej sytuacji charakter nieistotny, nie mogący wpływać na wynik postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami jakie udzielił Zamawiający wynikało, że wykonawcy winni zastosować podział dotyczący usług sprzątania i usług pomocniczych „porządkowo" znajdujących się w zadaniu nr 1. Zamawiający wymagał aby usługi pomocnicze stanowiły nie więcej niż 10% usługi sprzątania. Na tę okoliczność pracownik Odwołującego sporządził notatkę służbową która została w dniu 14.07.2014 r. przesłana do Zamawiającego. Wg przyjętych przez Zamawiającego warunków, to właśnie Odwołujący i pozostały wykonawca odrzucony w niniejszym postępowaniu dokonali prawidłowych obliczeń. Pozostali, w tym również konsorcjum którego oferta została wybrana winni zostać odrzuceni.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") oraz ogłoszenie o zamówieniu

nr 2014/S – 098 - 171525 (dalej „Ogłoszenie **o zamówieniu”)** na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia, w tym sposobu obliczenia ceny przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia; (ii) protokół z postępowania przetargowego na okoliczność

ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny skierowane przez Zamawiającego w dniu 9 lipca 2014 r. do Odwołującego oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 14 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania i złożonych wyjaśnień; (iv) wezwanie do złożenia brakujących dokumentów skierowanego przez Zamawiającego w dniu 9 lipca 2014 r. do Odwołującego oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 14 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania i złożonych wyjaśnień i dokumentów; (v) powiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia rankingu ofert oraz wykonawców, których oferty zostały odrzucone oraz przyczyn odrzucenia; (vi) kalkulację sporządzoną przez Odwołującego – Podział 30/70 na okoliczność wykazania, że podział etatów pomiędzy usługę sprzątania oraz usługę transportu wewnątrzszpitalnego nie odpowiada przyjętemu przez Zamawiającego podziałowi ceny 30/70; (vii) notatkę służbową z dnia 14 lipca 2014 r. na okoliczność wykazania właściwego sposobu obliczenia wartości prac pomocniczych w wartości usługi sprzątania; (viii) pismo Zamawiającego z dnia 17 lipca 2014 r. o odrzuceniu oferty Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o. – Lider oraz DGP Dozorbud Group Polska Sp. z o.o. oraz Aspen Sp. z o.o. na okoliczność ustalenia przyczyn odrzucenia ofert wykonawców; (ix) pismo Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2014 r. oraz 26 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia wyjaśnień treści SIWZ; (x) pismo wykonawcy Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie z dnia 25 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie kompleksowej usługi sprzątania i transportu wewnątrzszpitalnego (dowód: Ogłoszenie o zamówieniu).

Zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu, wartość usługi sprzątania nie mogła stanowić więcej niż 70% wartości zamówienia, zaś wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego nie mogła stanowić więcej niż 30% wartości przedmiotu zamówienia (dowód: Ogłoszenie o zamówieniu).

W pkt II.1.8 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że zamówienia jest podzielne na części, a oferty można składać w odniesieniu do wszystkich części.

W pkt 3.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza składania ofert częściowych, a podział na zadania zamówienia ma charakter porządkowy.

W pkt 3.5 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca zapewni minimalną obsadę personelu w ilości 90 etatów w podziale na: 65 etatów sprzątanie i 25 etatów transport wewnątrzszpitalny. Podana liczba etatów ma charakter wyłącznie informacyjny.

W pkt 14 SIWZ – Sposób obliczenia ceny – Zamawiający wskazał, że w ofercie należy podać cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 385) za wykonanie wybranej części przedmiotu zamówienia. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w cenie należy uwzględnić wszystkie wymaganie określone w SIWZ.

Pismem z dnia 23 czerwca 2014 r., w odpowiedzi na pytanie nr 100 skierowane do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, Zamawiający wyjaśnił, że zamówienie nie jest podzielone na części. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych, podział na zadania ma charakter porządkowy. Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że procent udziału

usługi pomocy przy pacjencie winien być obliczony od wartości usługi sprzątania.

Pismem z dnia 26 czerwca 2014 r. Zamawiający doprecyzował, że określenie udziału czynności pomocniczych w wartości usługi sprzątania winno być obliczone jako 10% wartości usługi sprzątania (składowej – kompleksowa usługa sprzątania).

Pismem z dnia 9 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 1 – Świadczenie kompleksowej usługi sprzątania.

Pismem z dnia 14 lipca 2014 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że niezasadne jest wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień jedynie co do jednego elementu składającego się na zaoferowaną cenę tj. usługi sprzątania, pomijając usługę transportu wewnątrzszpitalnego. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie miał racjonalnych podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż oferta Odwołującego odbiegała od średniej wartości ofert o ok. 2,41%, a od szacunkowej wartości zamówienia o ok. 4,47%. Merytoryczna część wyjaśnień została utajniona przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto pismem z dnia 9 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienie oferty w zakresie dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami zawartymi w załączniku nr 1.4 do opisu przedmiotu zamówienia SIWZ wymagał przedłożenia m.in. następujących dokumentów: (i) ulotek środków myjących wraz z kartami charakterystyki; (ii) ulotek płynów do gruntownego sprzątania wraz z kartami charakterystyki; (iii) kart charakterystyki środków do dezynfekcji. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia w/w dokumentów.

Odwołujący pismem z dnia 14 lipca 2014 r. wskazał, że przedmiotowe wezwanie nie odzwierciedla wymagań wskazanych w treści SIWZ. Wskazany przez Zamawiający załącznik 1.4 do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny określał jakie dokumenty są wymagane przez Zamawiającego. Odwołujący załączył do pisma wyłącznie z ostrożności karty charakterystyki środków do dezynfekcji. W pozostałych zakresie oświadczył, że żądane przez Zamawiającego dokumenty nie znajdują odzwierciedlenia w treści SIWZ.

Pismem z dnia 17 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazując m.in. że w złożonej ofercie usługa sprzątania stanowi 25,43% wartości zamówienia, natomiast usługi transportu wewnątrzszpitalnego stanowi 74,57% wartości zamówienia i przekracza 30% jego wartości opisanej w Sekcji II Ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający wskazał, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i w konsekwencji czego cena za usługę sprzątania jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają również wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 14 lipca 2014 r. Ponadto Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego nie zawiera wymaganego podziału 30 (usługa transportu wewnątrzszpitalnego) /70 (usługa sprzątania) i w związku z tym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 23 lipca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (dalej „Przystępujący"). Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W dniu 6 sierpnia 2014 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W ocenie Zamawiającego wykonawcy byli zobowiązani przygotować swoje oferty z uwzględnieniem podziału zawartego w treści Ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto, Zamawiający wskazał, że wielkość poszczególnych usług Zamawiający potwierdził w opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ poprzez wymóg podziału 90 etatów: 65 etatów na sprzątanie, 25 etatów na transport wewnątrzszpitalny. Zamawiający podniósł również, że dopuszczenie do uznaniowego podziału zakresu i wielkości usług będących przedmiotem zamówienia spowodowałby nadmierne zwiększenie wartości usługi transportu wewnątrzszpitalnego (usługi zwolnionej z VAT) kosztem usługi sprzątania (obciążonej 23% podatkiem VAT) i naraziłoby Skarb Państwa na straty z tytułu nieodprowadzenia przez Odwołującego należnego podatku VAT.

Wobec stwierdzenia, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania do rozprawie.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę z najniższą cenę, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis sposobu obliczenia ceny. Obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie w treści SIWZ wszystkich elementów składających się na cenę oferty, w tym na wymagany od wykonawców sposób jej obliczenia.

W pkt 14 SIWZ Zamawiający wskazał, że w ofercie należy podać cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 385) za wykonanie wybranej części przedmiotu zamówienia. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w cenie należy uwzględnić wszystkie wymaganie określone w SIWZ. W treści pisma z dnia 17 lipca 2014 r. Zamawiający wskazał, że odrzuca ofertę Odwołującego, gdyż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny i w konsekwencji tego jest ona rażąco niska. Zamawiający wskazał, że usługa sprzątania stanowi 25,43% wartości zamówienia, natomiast usługa transportu

wewnątrzszpitalnego stanowi 74,57% wartości zamówienia, co było niezgodnie z wymaganiem zawartym w treści Ogłoszenia o zamówieniu stanowiącym, że wartość usługi sprzątania nie może stanowić więcej niż 70% wartości zamówienia, zaś wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego nie może stanowić więcej niż 30% wartości przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że w treści SIWZ brak jest jakiejkolwiek informacji dla wykonawców o obowiązku sporządzenia oferty z uwzględnieniem podziału: wartość usługi sprzątania nie więcej niż 70% wartości zamówienia, wartość usługi transportu nie niż 30% wartości Sam wewnątrzszpitalnego więcej przedmiotu zamówienia. Zamawiający potwierdził podczas rozprawy, że w SIWZ nie został zawarty powyższy wymóg. Wskazał jednak, że informacja ta została zamieszczona w treści Ogłoszenia o zamówieniu i wykonawcy winni ją uwzględnić obliczając swoją cenę. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Sposób obliczenia ceny jest obligatoryjnym elementem treści SIWZ, co wynika expressi verbis z treści art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Fakt zamieszczenia informacji o sposobie obliczenia ceny w Ogłoszenia o zamówienia nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku jasnego i precyzyjnego wskazania w treści SIWZ sposobu obliczenia ceny. Obowiązek ten nadal istnieje, a ustawa Pzp nie zawiera odmiennej regulacji i nie zwalnia Zamawiającego z powyższego obowiązku w przypadku podania takiej informacji w treści ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Izby zasadnym jest przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, że wykonawcy obliczając cenę za realizację

zamówienia nie byli zobowiązani do uwzględnienia parytetu podziału wskazanego przez Zamawiającego, gdyż treść SIWZ nie zawierała odpowiednich zapisów w zakresie sposób obliczenia ceny. W pkt 14 SIWZ Zamawiający wskazał, że należy obliczyć cenę uwzględniając wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający nie odesłał wykonawców do postanowień Ogłoszenia o zamówieniu. Obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie w treści SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny sposobu obliczenia ceny. Wszelkie niejasności w tym zakresie Izba zobowiązana jest interpretować na korzyść wykonawców. Izba nie znajduje racjonalnych przesłanek uzasadniających brak wskazania w treści SIWZ sposobu obliczenia ceny, z uwzględnieniem parytety: nie więcej niż 30% wartości ceny usługa transportu wewnątrzszpitalnego; nie więcej niż 70% wartości ceny usługa sprzątania. Brak staranności ze strony Zamawiającego w zamieszczeniu powyższego zapisu w treści SIWZ nie może stanowić uzasadnienia dla odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż to Odwołujący byłby obarczony konsekwencjami wynikającymi z błędów Zamawiającego, zaś sam Zamawiający nie ponosiłby żadnych konsekwencji z tytułu błędów popełnionych w dokumentacji postępowania.

Podkreślić nadto należy, że treść pkt 14 SIWZ jest niejasna i mogła rodzić wątpliwości wykonawców. W pkt 14 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawcy winni wskazać cenę za wybraną część przedmiotu zamówienia. Jednakże ten sam Zamawiający w piśmie z dnia 23 czerwca 2014 r., wskazał, że zamówienie nie jest podzielone na części, a podział na zadania miał wyłącznie charakter porządkowy. Wykonawcy winni podać cenę za wykonanie całego zamówienia. Jednakże w treści Ogłoszenia o zamówieniu, w pkt II.1.8 Zamawiający wskazał, że zamówienia jest podzielne na części, a oferty można składać w odniesieniu do wszystkich części. Zamawiający użył stwierdzenia „można” składać oferty na wszystkie części zamówienia, co nie implikuje w sobie obowiązku złożenia oferty na wszystkie części zamówienia.

W ocenie Izby powyższe zestawienie informacji przekazanych przez Zamawiającego wykonawcom potwierdza brak staranności Zamawiającego oraz niespójność dokumentacji przetargowej sporządzonej przez Zamawiającego. Spowodowało to, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mieli jasności w jaki sposób należało obliczyć cenę, przy zachowaniu jakich parytetów podziału i czy podział zamówienia na usługę sprzątania i usługę transportu wewnątrzszpitalnego miał charakter jedynie porządkowy czy wiążący dla wykonawców. Zamawiający nie wskazał bowiem w sposób jednoznaczny w treści SIWZ, że przyjęty parytet podziału należy obligatoryjnie uwzględnić przy przygotowaniu ofert, a w szczególności przy obliczeniu ceny. Skoro tak, to na etapie oceny ofert nie może nadinterpretowywać treść SIWZ w sposób dla siebie korzystny. Sprzeczności występujące pomiędzy informacjami zawartymi w treści Ogłoszenia o zamówienia jak i SIWZ wprowadziły niepewność wśród wykonawców w jaki sposób Zamawiający będzie oceniał oferty i czy wykonawcy winni przygotowywać oferty zgodnie ze SIWZ, treścią Ogłoszenia o zamówienia czy wyjaśnieniami samego Zamawiającego, które czytanie łącznie pozostają ze sobą niespójne.

W ocenie Izby w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy należy uznać, że Zamawiający nie uwzględnił w treści SIWZ obligatoryjnego jej elementu tj. sposobu obliczenia ceny. Brak wskazania sposobu obliczenia ceny spowodował, że wykonawcy zastosowali różne parytety podziału usług składających się na całość zamówienia, co spowodowało, że ich oferty są nieporównywalne, z uwagi na odmienne stawki VAT obowiązujące dla usługi sprzątania i usługi transportu wewnątrzszpitalnego. Zamawiający formułując SIWZ w sposób niejasny i nieprecyzyjny doprowadził do rozbieżności w ofertach wykonawców, które znalazły odzwierciedlenie w zaproponowanych cenach. Jednakże Zamawiający nie może obarczać samych wykonawców konsekwencjami wynikającymi z własnych zaniechań. Argument Zamawiającego jakoby zwiększenie usługi transportu

wewnątrzszpitalnego przez Odwołującego narażało na straty Skarb Państwa z tytułu nieodprowadzenia przez tego wykonawcę należnego podatku VAT jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby. To niestaranne działanie Zamawiającego i brak dokładności byłby

powodem ewentualnych strat Skarbu Państwa, nie zaś działania Odwołującego. To Zamawiający ponosi odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych i to Zamawiający winien dołożyć należytej staranności przygotowując postępowanie przetargowe w celu uniknięcia sytuacji z jaką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający winien dochować należytej staranności sporządzając oba dokumenty tj. Ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ przede wszystkim dbając o zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sposób sporządzenia powyższych dokumentów przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest zaprzeczeniem tych zasad.

Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, że wielkość poszczególnych usług Zamawiający potwierdził w opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ poprzez wymóg podziału 90 etatów w następującej proporcji: 65 etatów na sprzątanie, 25 etatów na transport wewnątrzszpitalny. Jak słusznie wskazał Odwołujący przedkładając odpowiednie wyliczenie, podział etatów wskazany przez Zamawiającego w treści SIWZ nie pokrywa się z parytetem podziału usługi jaki zastosował Zamawiający przy ocenie ofert wykonawców. Z przyjętego przez Zamawiającego parytetu podziału etatów wynika bowiem, że usługa transportu winna stanowić 27,77% wartości zamówienia, zaś usługa sprzątania 72,22% wartości zamówienia. Ponadto Izba zauważa, że Zamawiający wskazał, że podział ma charakter wyłącznie informacyjny, nie zaś wiążący dla wykonawców.

Izba nie podziela również argumentacji Przystępującego, że Odwołujący był zobowiązany do przygotowania oferty zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówienia, co wynika art. 70^1 Kodeksu cywilnego i w związku z tym winien obliczyć swoją cenę w uwzględnieniem parytetu podziału 30:70. Izba zauważa, że to treść art. 36 ust. 1 ustawy Pzp reguluje minimalną treść SIWZ. Brak jest w ustawy Pzp przepisu, który zwalniałby Zamawiającego z obowiązku zamieszczenia w treści SIWZ informacji o sposobie obliczenia ceny, z uwagi na fakt, że informacja to jest zamieszczone w treści SIWZ. Ponadto, przepisy kodeksu cywilnego mają zastosowanie, jeżeli przepisu ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy Pzp zawierają wyczerpującą regulację dotyczącą obowiązkowych informacji jakie winny być zamieszczone w treści SIWZ i brak jest podstaw do stosowania w tym zakresie przepisów kodeksu cywilnego. Przystępujący pomija w swoich argumentach fakt, że w pierwszej kolejności sam Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i to właśnie niewypełnienie ciążącego na nim obowiązku

spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Pominięcie tej istotnej okoliczności i próba obarczenia Odwołującego konsekwencjami błędów Zamawiającego jest w ocenie Izby nieuprawnione.

Ponadto Izba uznała, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu o bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, czynności podjęte przez Zamawiającego w celu wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę poprzedzające odrzucenie oferty należy uznać za bezpodstawne. Zauważyć bowiem należy, że Zamawiający w piśmie z dnia 17 lipca 2014 r. wskazał, że cena usługi sprzątania w ofercie Odwołującego stanowi jedynie 25,43% wartości zamówienia, natomiast usługa transportu wewnątrzszpitalnego stanowi 74,57% wartości zamówienia i przekracza 30% wartości opisanej w Sekcji II ogłoszenia o zamówieniu. Tak więc oferta złożona przez Odwołującego zawierała w ocenie Zamawiającego błąd w obliczeniu ceny i w konsekwencji czego cena była rażąco niska, co również wynikało z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący w pkt 2 tabeli stanowiącej zestawienie kosztów miesięcznych realizacji zamówienia w pełni potwierdził rażąco niską cenę.

Z powyższego wynika, że podstawą do uznania ceny Odwołującego za rażąco niską było niezastosowanie parytety podziału usługi 30/70. Skoro zaś Izba uznała, że w treści SIWZ brak był informacji o obowiązku obliczenia ceny z uwzględnieniem powyższego parytetu, to wezwanie Zamawiającego o złożenie wyjaśnień co do zadania nr 1 – świadczenie usługi sprzątania Izba uznała za bezpodstawne. Wezwanie to wynikało bowiem z błędnego założenia jakim kierował się Zamawiający, iż wykonawcy winni uwzględnić w cenie parytet podziału - 30% wartości zamówienia usługa transportu wewnątrzszpitalnego, 70% wartości

zamówienia usługa sprzątania.

Na marginesie Izba zauważa, że obecnie brzmienie SIWZ i wskazany w niej sposób obliczenia ceny w połączeniu w treścią Ogłoszenia o zamówienia jak i samymi niejasnościami co do podziału zamówienia na zadania czy części i konsekwencji z tego wypływających powoduje, iż Zamawiający winien rozważyć możliwość unieważnienia postępowania. Obecnie brzmienie SIWZ w zakresie obliczenia ceny powoduje, że wykonawcy nie mają obowiązku zachowania procentowej wielkości poszczególnych usług, a w konsekwencji brak jest możliwości porównywania oferty poszczególnych wykonawców co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Decyzja co do unieważnienia należy jednak do Zamawiającego i wymaga analizy zaistniałej sytuacji i podjęcia próby zminimalizowania ewentualnych strat na jakie może narazić Skarb Państwa.

Zarzut bezpodstawnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Izba uznała zarzut za zasadny. Zgodnie z pkt 3 Załącznika nr 1.4 opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty dokumentów (ulotek itp.) dla preparatów do dezynfekcji. Zamawiający wymagał, aby stosowane preparaty do dezynfekcji posiadały karty charakterystyki dostępne na stanowisku pracy. W zakresie płynów do gruntownego sprzątania, Zamawiający w załączniku 1.4 nie wymagał przedłożenia żadnych ulotek ani kart charakterystyki. Podobnie z zakresie środków myjących.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że ani treści SIWZ jaki i załącznikach do SIWZ, Zamawiający nie wymagał przedłożenia przez wykonawców ulotek i kart charakterystyki dla płynów do gruntowanego sprzątania oraz środków myjących. Zamawiający wymagał wyłącznie dołączenia do oferty dokumentów (ulotek itp.) dla preparatów do dezynfekcji. Dokumenty te zostały przedłożone przez Odwołującego. Skoro więc Zamawiający nie wymagał w treści SIWZ przedłożenia przez wykonawców wraz z ofertami ulotek i kart charakterystyki dla płynów do gruntownego sprzątania oraz środków myjących, a w zakresie środków do dezynfekcji wymagał jedynie przedłożenia dokumentów (ulotek itp.), to należy uznać, że brak było podstaw do żądania od Odwołującego przedłożenia dokumentów wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 lipca 2014 r. Wezwanie to należy uznać za bezpodstawne.

Izba zaznacza jednak, że Zamawiający formułując podstawę odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazał, że odrzuca ofertę Odwołującego z uwagi na brak przedłożenia dokumentów wskazanych w piśmie z dnia 9 lipca 2014. Co więcej sam Zamawiający podczas rozprawy oświadczył, że wszystkie niezbędne dokumenty zostały przedłożone przez Odwołującego. W konsekwencji, uznając słuszność zarzutu Odwołującego, Izba uznała, że jego uwzględnienie nie ma wpływ na wynik postępowania, gdyż brak przedłożenia dokumentów wskazanych w piśmie z dnia 9 lipca 2014 r. nie była przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego.

Zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy: (i) Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie; (ii) Konsorcjum firm: Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm: IMPEL Cleaning Sp. z o.o., Hospital Service „Company" Sp. z o.o. Sp.k. z treścią SIWZ

W ocenie Izby powyższe zarzut nie potwierdził się. Istota sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia w jaki sposób wykonawcy winni obliczyć wartość prac pomocniczych w wartości usługi sprzątania. W ocenie Odwołującego, w piśmie z dnia 23 czerwca 2014 r. Zamawiający wskazał, że prace pomocnicze przy pacjencie stanowią 10% wartości sprzątania. Odwołujący wskazał, że trzech wykonawców tj.: Przystępujący, Konsorcjum firm: IMPEL Cleaning Sp. z o.o., Hospital Service „Company" Sp. z o.o. Sp.k. oraz Konsorcjum Clar System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. obliczyły powyższą wartość w sposób

nieprawidłowy, to jest uwzględniły całą wartość usługi sprzątania i pomoc przy pacjencie. W ocenie Odwołującego winna być uwzględniona wyłącznie usługa sprzątania, bez usługi pomocy przy pacjencie.

Przystępujący argumentował, że w piśmie z dnia 26 czerwca 2014 r. Zamawiający wskazał, że 10% wartość należy obliczać od wszystkich części składowych usługi sprzątania, w więc z uwzględnieniem również wartości usługi pomocy przy pacjencie.

W ocenie Izby należało więc dokonać analizy pisma Zamawiającego z dnia 23 czerwca oraz 26 czerwca 2014 r. w świetle SIWZ. W piśmie z dnia 23 czerwca 2014 r. Zamawiający wskazał, że prace pomocnicze przy pacjencie stanowią 10% wartości usługi sprzątania. Ponadto, w piśmie z dnia 26 czerwca 2014 r. Zamawiający wskazał, że 10% należy obliczyć od kompleksowej usługi sprzątania. Zamawiający wyjaśnił, iż przy obliczeniu wartości 10% nie należy uwzględniać usługi transportu. Izba zauważa w pierwszej kolejności, że w formularzu oferty na usługę sprzątania składa się: usługa sprzątania i usługa pomocy przy pacjencie. Ponadto, zgodnie z załącznikiem nr 1.4 opisu przedmiotu zamówienia „Zalecenia sekcji epidemiologii dotyczące kompleksowego sprzątania szpitala Wolskiego", zakres prac na kompleksową usługę sprzątania obejmuje również pomoc w obsłudze pacjentów. W konsekwencji, w ocenie Izby zasadne było przyjęcie, że 10% należy obliczyć z uwzględnieniem powyższych dwóch wartości składających się na całościową usługę sprzątania tj. wartości usługi sprzątania i wartości usługi pomocy przy pacjencie.

Ponadto Izba zauważa, że gdyby nawet przyjąć za słuszną metodę obliczenia wartości usługi pomocy przy pacjencie w wartości usługi sprzątania przedstawioną przez Odwołującego, to i tak w wyniku przeliczenia ofert wykonawców nie zmieniłby się ranking ofert więc okoliczność ta nie miałaby wpływu na wynik postępowania.

W świetle powyższego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

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

Sygn. akt KIO 1548/14

W dniu 28 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Konsorcjum firm: Izan+ Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, Vendi Servis Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz Medassist Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu: 1. dokonania nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o.; 2. niezapewnienia równego traktowania wykonawców w postępowaniu i zasad uczciwej konkurencji; 3. zaniechania poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Aspen sp. z o.o. i uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki; 4. zaniechania wezwania wykonawcy Aspen sp. z o.o. do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp; 5. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. wobec faktu, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; 6. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. wobec faktu, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o.; 2. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nie zapewnienie równego traktowania wykonawców w postępowaniu i zasad uczciwej

konkurencji; 3. art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Aspen sp. z o.o. i uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki; 4. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania

wykonawcy Aspen 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; 5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o., pomimo że złożenie powyższej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 6. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1. Unieważnienia czynności oceny oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o.; 2. Poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Aspen sp. z o.o. i uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki; 3. Wezwania wykonawcy Aspen sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę; 4. Odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 5. Odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; 6. Dokonania powtórnej oceny oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 18 lipca 2014 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego o dokonaniu oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający dokonał oceny oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ Zamawiający wymagał wskazania cen jednostkowych brutto za sprzątanie 1 m2 powierzchni w czterech strefach (pkt 8 formularza ofertowego). W załączniku nr 1.1. do opisu przedmiotu zamówienia „Wykaz pomieszczeń z uwzględnieniem powierzchni do sprzątania w poszczególnych pawilonach Szpitala Wolskiego z podziałem na strefy higieniczne” - Zamawiający wskazał łączną ilość powierzchni do sprzątania w każdej z czterech stref. Wobec powyższego cena jednostkowa brutto za sprzątanie 1 m2 powierzchni w danej strefie - przemnożona przez liczbę m2 tej strefy - winna dać cenę brutto za wykonanie usługi sprzątania w danej strefie. Suma cen brutto za wykonanie usługi sprzątania w każdej z czterech stref - winna dać wartość brutto usługi sprzątania stanowiącej przedmiot zamówienia. Z oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. wynika, że wartość brutto usługi

sprzątania wynosi 46.686,43 złotych brutto za 36 miesięcy, tj: Strefa 1:1,97 x 8.719,19 m2 = 17.176,80 złotych brutto za 36 m-cy Strefa II: 4,31 x 4.516,63 m2 = 19.466,68 złotych brutto za 36 m-cy Strefa III: 5,15 x 743,85 63 m2 = 3.830,83 złotych brutto za 36 m-cy Strefa IV: 7,38 x 841,75m2 = 6.212,12 złotych brutto za 36 m-cy (a zatem wartość brutto usługi sprzątania za 1 miesiąc wynosi 1.296,84 złotych). Wartość brutto usługi pomoc przy pacjencie wynosi 136.643,04 złotych. Wartość brutto usługi transportu wewnątrzszpitalnego wynosi 5.329.724,76 złotych. Wartość brutto całej oferty wynosi zatem 5.513.054,23 złotych. Zamawiający winien w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprawić oczywistą omyłkę rachunkową w ofercie wykonawcy Aspen sp. z o.o. polegającą na błędnym wpisaniu w tabeli zawartej w pkt 7 formularza ofertowego - w kolumnie 3 pozycji 1.1. - kwoty 46.686,43. Kwota w tej pozycji stanowi sumę pomnożonych cen jednostkowych brutto za sprzątanie 1 m2 powierzchni w danej strefie i powierzchni tej strefy - podzieloną następnie przez 36 miesięcy. Kwota wskazana w w/w pozycji tabeli jest efektem następującego działania: 1,97 x 8.719,19 + 4,31 x 4.516,63 + 5,15 x 743,85 + 7,38 x 841,75 /36 miesięcy. Nie jest to zatem kwota 46.686,43, ale kwota 1.296,84 złotych za jeden miesiąc.

W ocenie Odwołującego, wykonawca Aspen Sp. z o.o. popełnił błąd rachunkowy, który podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp wraz z jego dalszymi matematycznymi konsekwencjami. Konsekwencją tej poprawki jest konieczność wpisania w tabeli w kolumnie 4 pozycji 1 kwoty: 183.329,28 złotych [(1.296,84 + 3.795,64) x 36], zamiast błędnie wpisanej kwoty 1.817.354,52 złotych, a w pozycji „Razem" kwoty: 5.513.054,23, zamiast błędnie wpisanej kwoty 7.147.079,28. Zamawiający zaniechał poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Aspen sp. z o.o., przez co kwoty wskazane w tabeli w pkt 7 formularza ofertowego są nieprawidłowe. Biorąc pod uwagę prawidłową wartość brutto oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. - należy dojść do wniosku, iż zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest rażąco niska. Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do tego, czy wykonawca Aspen sp. z o.o. dokonał prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej i czy cena ta zawiera wszystkie elementy konieczne do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Zgodnie z pkt 3.5 SIWZ (strona 2/29) wykonawca obowiązany jest zapewnić minimalną obsadę personalną w ilości 90 etatów. Przy uwzględnieniu minimalnego ustawowo określonego wynagrodzenia za pracę i narzutów pracodawcy — same koszty wynagradzania pracowników wykonujących przedmiot zamówienia to: 90 x 1.960 złotych x 36 miesięcy = 6.350.400,00 złotych. W ocenie Odwołującego, już zatem koszty wynagrodzenia pracowników przewyższają wartość oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. Oferta ta nie uwzględnia również pozostałych kosztów koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia wynikające z SIWZ. W tej sytuacji należy uznać, iż wykonawca Aspen sp. z o.o. zaoferował Zamawiającemu usługę poniżej kosztów jej wytworzenia (cena bowiem nie obejmuje

praktycznie żadnych kosztów jej wytworzenia). Zaoferowanie takiej ceny utrudnia pozostałym przedsiębiorcom - oferującym rzetelnie skalkulowane ceny - dostępu do rynku. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowanie przez Aspen sp. z o.o. ceny za realizację przedmiotu zamówienia wypełnia dyspozycję powyższego przepisu. Potwierdza to opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 20043 roku. Zaoferowanie przez wykonawcę Aspen sp. z o.o. ceny, która nie obejmuje kosztów wytworzenia usługi - jest działaniem nie wynikającym z istoty konkurencji lecz działaniem w celu utrudnienia dostępu do rynku i wyeliminowania z niego innych podmiotów w sposób nie znajdujący usprawiedliwienia w mechanizmach wolnej konkurencji. Nadto cena oferty Aspen sp. z o.o. odbiega od ceny kolejnego wykonawcy - Odwołującego o 23%. Cena ta odbiega od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia również o 27%. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania wykonawcy Aspen sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 3 ustawy Pzp (wobec faktu, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska) i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (wobec faktu, iż złożenie takiej oferty jest czynem nieuczciwej konkurencji określonym w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - oferowaniem usługi poniżej kosztów jej wytworzenia w celu eliminacji konkurentów i utrudnienia im dostępu do rynku).

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S – 098 - 171525 (dalej „Ogłoszenie **o zamówieniu")** na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) protokół z postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) pismo wykonawcy Aspen Sp. z o.o. z dnia 1 sierpnia 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn.

Świadczenie kompleksowej usługi sprzątania i transportu wewnątrzszpitalnego (dowód: Ogłoszenie o zamówieniu).

Zgodnie z protokołem postępowania przetargowego oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Ofertą wykonawcy Aspen Sp. z o.o. została odrzucona (dowód: protokół postępowania przetargowego).

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 29 lipca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Aspen Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (dalej „Przystępujący"). Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W dniu 6 sierpnia 2014 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący, w trybie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp, zgłosił podczas posiedzenia z udziałem stron oświadczenie do protokołu o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wobec stwierdzenia, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania do rozprawie.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż posiada status wykonawcy, jednak nie jest legitymowany do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (przesłanki materialno-prawne wniesienia odwołania). Zdaniem Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Złożył ofertę - i to najkorzystniejszą - zatem niewątpliwie ubiegając się, jako wykonawca, o zamówienie w tym postępowaniu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy w stanie faktycznym sprawy Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku wskazywanych w odwołaniu naruszeń ustawy.

W tym miejscu zasadne jest wskazanie, że ani w kodeksie cywilnym, ani w ustawy Pzp pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie -

uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Odwołujący upatrywał szkody w możliwości utraty terminu do złożenia kolejnego odwołania. Wskazał on bowiem, że gdyby Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy Aspen Sp. z o.o. i wyniku ponownej analizy i oceny ofert Zamawiający wybrałby ofertę spółki Aspen Sp. z o.o., to Odwołującemu nie przysługiwałby już od tej decyzji Zamawiającego możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej z powodu upływu terminu. W ocenie Odwołującego odwołanie wnosi się od pierwszej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej i wobec tego od tego momentu należy liczyć termin do wniesienia odwołania.

Poza możliwością utraty terminu, Odwołujący nie wskazała na żadną inną szkodę. W ocenie jednak Izby, w przypadku dokonania ponownej oceny ofert przez Zamawiającego, na tę czynność przysługiwać będzie Odwołującemu prawo wniesienia odwołania i termin na jej zakwestionowanie będzie liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, tj. od przesłania przez Zamawiającego informacji o nowej czynności/zaniechaniu Zamawiającego. Odwołanie zatem nie będzie wówczas mogło być uznane za spóźnione i w związku z tym odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołanie zostanie odrzucone natomiast, gdy dotyczyć będzie czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp) lub Odwołujący powoła się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego (art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Zdaniem Izby jednak ta ostatnia przesłanka odrzucenia odwołania nie zaktualizuje się w sytuacji, gdy Izba oddaliła odwołanie ze względu na brak legitymacji czynnej po stronie odwołującego - wówczas nie dochodzi bowiem do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący na moment wniesienia niniejszego odwołania nie poniósł i nie może ponieść szkody w wyniku powołanych w odwołaniu naruszeń ustawy. W momencie wniesienia odwołania jego oferta posiada nadal status oferty najkorzystniejszej. Zamawiający w żaden sposób nie zmienił swojej decyzji. Niezasadnym i nieuprawnionym byłoby upatrywanie możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego w stanie faktycznym opartym na hipotetycznym założeniu, że w wyniku uwzględnienia odwołania wykonawcy spółki Aspen Sp. z o.o., Zamawiający zmieni swoją dotychczasową decyzję i dokona wyboru oferty wykonawcy spółki Aspen Sp. z o.o. W ten sposób Izba rozstrzygałaby bowiem o zasadności odwołania wykonawcy Aspen Sp. z o.o. na moment wniesienia odwołania przez Odwołującego mimo, iż odwołanie wykonawcy Aspen Sp. z o.o. nie było jeszcze rozpatrzone merytorycznie przez Izbę i żadna ze stron nie miała możliwości zaprezentowania swoich stanowisk i argumentacji. W ocenie Izby, dopiero ewentualna zmiana decyzji Zamawiającego, która być może nastąpi w wyniku uwzględnienia odwołania wykonawcy Aspen Sp. z o.o., spowoduje, że Odwołującemu będzie przysługiwało prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej od takiej nowej czynności Zamawiającego.

Ponadto należy zauważyć, że uwzględnienie odwołania pozostawałby bez wypływu na wynik postępowania. Oferta Odwołującego jest bowiem ofertą najkorzystniejszą, a ofertą wykonawcy Aspen Sp. z o.o. na dzień wniesienia odwołania jest ofertą odrzuconą. Uwzględnienie odwołania nie zmieniłoby w żaden sposób sytuacji Odwołującego w

postępowaniu przetargowym, gdyż pozostawałby nadal wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania co najmniej możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w

wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący wykazał interes, a możliwości poniesienia szkody nie uprawdopodobnił, zasadnym jest przyjęcie, że na gruncie badanej sprawy nie jest legitymowany do wniesienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczona stosowanie do wyniku postępowania – na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

…….