

WYROK
z dnia 6 lutego 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa
Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu 4 lutego 2008r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **28.01.2008r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, śabiniec 46, 31-215 Kraków
B. Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, śabiniec 46, 31-215 Kraków

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej,**
ul. Limanowskiego 20/22, 63-400 Ostrów Wielkopolski protestów:

A. Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, śabiniec 46, Kraków z dnia 24.12.2007r.
B. Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, śabiniec 46, Kraków z dnia 09.01.2008r.

przy udziale **Clar System S.A, ul. Janickiego 20B, Poznań** zgłaszającego przystąpienie do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie wniesione w dniu 08.01.2008r.

i oddala odwołanie wniesione w dniu 24.01.2008r.

2. kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, śabiniec 46, Kraków
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4,064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote 00/100) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołującego się, w tym:
 - A. koszty w wysokości 2.032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote 00/100)**
z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, śabiniec 46, Kraków** w związku z wniesieniem odwołania w dn. 08.01.2008r.;
 - B. koszty w wysokości 2.032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote 00/100)**
z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, śabiniec 46, Kraków** w związku z wniesieniem odwołania w dn. 24.01.2008r.;
- 2) dokonać zwrotu kwoty **35.936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych 00/100)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

odwołujących się, w tym:

- A. kwoty 17.968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych 00/100) na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, śabiniec 46, Kraków;**
- B. kwoty 17.968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych 00/100) na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, śabiniec 46, Kraków.**

2

Uzasadnienie

W dniu 04.10.2007r. Zamawiający, Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim, ogłosił postępowanie na wykonanie zadania publicznego na świadczenie kompleksowych usług porządkowych, utrzymania czystości i prawidłowego stanu sanitarnego w obiektach ZZOZ w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2007/S 191-232789).

W dniu 18.12.2007r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący, Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dwa odwołania, połączone do łącznego rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

(A) Pierwsze postępowanie odwoławcze, sygn. akt. KIO/UZP 22/08

W dniu 24.12.2007r. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie złożyła pierwszy protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 8, art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Clar System S.A., który powinien być wykluczony, nieodrzućcenie jego oferty oraz zaniechanie wezwania tegoż wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych o wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy polegało na:

- 1) zaniechaniu czynności, polegającej na zastosowaniu trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wobec faktu, iż cena podanej w ofercie uznanej za najkorzystniejszą jest rażąco niska; (koszty wynagrodzeń pracowników, którzy będą przejęci na podstawie art. 23 (1) Kodeksu pracy, niższe niż podał Zamawiający);
- 2) wyborze oferty, w której złożono niewłaściwe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wyborze oferty, w której brak wymaganej polisy OC (polisa złożona wraz z ofertą Clar System S.A. dotyczy 3 podmiotów, dlatego brak podstaw do ustalenia wysokości sumy ubezpieczenia dla każdego z nich)
- 4) wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę nie posiadającego uprawnień do wykonywania określonych czynności wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia (co wynika z przedmiotu działalności podanego w KRS).

3

Do protestu po stronie Zamawiającego przyłączył się w dn. 31.12.2007r. Wykonawca Clar System S.A. twierdząc, że jego oferta nie zawiera żadnych zarzucanych mu uchybień.

Zamawiający rozstrzygnął ww. protest w dn. 03.01.2008r., oddalając protest w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający podniósł następujące okoliczności:

- 1) w związku z wyjaśnieniami uzyskanymi w trybie art. 90 ust. 1 Wykonawca Clar System S.A. Zamawiający uznał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 2) w ofercie Clar System S.A. złożono prawidłowe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu;
- 3) w związku z brakiem określenia udziału procentowego w sumie ubezpieczenia, Zamawiający uznał, że każdy z trzech podmiotów, o których mowa w polisie OC złożonej przez Clar System S.A. jest ubezpieczony do pełnej sumy ubezpieczenia tj. 3 000 000,00zł;
- 4) Wykonawca Clar System S.A. ma uprawnienia do realizacji przedmiotu zamówienia,

ponieważ z odpisu KRS wynika, że prowadzi działalność związaną ze sprzątaniem i czyszczeniem obiektów, może świadczyć usługi sanitarne i pokrewne, jest w tym zakresie objęty ubezpieczeniem i posiada certyfikat zarządzania ISO 9001:2000 na realizację usług czystościowo-porządkowych placówek służby zdrowia.

Od opisanego wyżej rozstrzygnięcia protestu Wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” wniosła w dn. 08.01.2008 odwołanie, podtrzymując zarzuty podnoszone w proteście, dodatkowo stwierdzając, iż:

- 1) Zamawiający nie wezwał pisemnie Wykonawcy Clar System S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 2) braki w treści oświadczenia złożonego przez Clar System S.A. dyskwalifikują je jako oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu;
- 3) ilość podmiotów ubezpieczonych w ramach jednej polisy OC ma decydujące znaczenie przy ocenie spełnienia warunków, ponieważ w niniejszym postępowaniu badana winna być wyłącznie zdolność ekonomiczna i finansowa jednego z tych podmiotów - Clar System S.A.;
- 4) czynności objęte postępowaniem są sklasyfikowane pod poz. 85.14, a przedmiot działalności Clar System S.A. obejmuje poz. 90.00 C.

Zamawiający otrzymał kopię odwołania z dn. 08.01.2008r. (pismo Zamawiającego informujące pozostałych uczestników postępowania protestacyjnego o wniesieniu odwołania aktach sprawy).

4

(B) Drugie postępowanie odwoławcze, sygn. akt KIO/UZP 82/08

W dniu 4 stycznia 2008r. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie powzięła wiadomość o dokonanych przez Zamawiającego czynnościach, polegających na wezwaniu Clar System S.A. do uzupełnienia dokumentu wadium oraz do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w związku z czym w dniu 08.01.2008r. złożyła drugi protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 3, art. 183 ust 5 pkt 2 oraz ust. 6 i wniosła o powtórzenie czynności oceny ofert z pominięciem oferty złożonej przez Clar System S.A.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy polegało na:

- 1) wezwaniu do uzupełnienia dokumentu wadium w trybie art. 90 ust.1, a dokument ten nie podlega uzupełnieniu,
- 2) błędnej ocenie wyjaśnień wykonawcy Clar System S.A. złożonych w trybie art., 90 ust 1 Prawa zamówień publicznych, akceptującej oświadczenia Wykonawcy o fakcie uzyskiwania pomocy publicznej w przyszłości.

Do protestu po stronie Zamawiającego przyłączył się w dn. 11.01.2008. Wykonawca Clar System S.A. twierdząc, że jego oferta nie zawiera żadnych zarzucanych mu uchybień – oryginał gwarancji wadialnej znajduje się u Zamawiającego, a kalkulacja kosztów odzwierciedla wszelkie koszty realizacji zamówienia.

Zamawiający nie rozstrzygnął ww. protestu, dlatego Wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w dn. 24.01.2008r. wniosła odwołanie, podtrzymując zarzuty podnoszone w proteście.

Zamawiający otrzymał kopię odwołania z dn. 24.01.2008r. (pismo Zamawiającego informujące pozostałych uczestników postępowania protestacyjnego o wniesieniu odwołania aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentacji postępowania, złożonych ofert i stanowisk Stron ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w obu postępowaniach, ponieważ w wypadku ich uwzględnienia i powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem jego żądań, w szczególności wykluczenia Clar System S.A. z postępowania, jego oferta musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą, jednak po przeanalizowaniu dokumentów mających znaczenie w sprawie, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

(A) Pierwsze postępowanie odwoławcze, sygn. akt. KIO/UZP 22/08

Pierwszy zarzut pierwszego protestu, odnoszący się do zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie może być uznany za zasadny. Zamawiający faktycznie ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), o ile powyższe podejrzenie, że cena zaoferowana jest rażąco niska. W niniejszym postępowaniu złożono 5 ofert z następującymi cenami (pismo Zamawiającego zawierające informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18.12.2007r., w aktach sprawy):

1. 5 629 314,24 zł (cena oferty Clar System S.A.)
2. 5 904 000,00 zł (cena oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”)
3. 6 120 252,00 zł
4. 6 807 600,00 zł
5. 8 252 568,00 zł

Z zestawienia cen wynika, że pierwsze 3 ceny są zbliżone, a różnica między pierwszymi dwoma nie jest znaczna przy tym rzędzie wielkości cen ofertowych. Ponadto tylko pierwsza cena mieści się w ilości środków, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (wartość szacunkowa zamówienia – 4 716 000,00zł, ilość środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia – 5 760 000,00zł). Cenę za rażąco niską można by uznać w wypadku, jeżeli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub od wartości szacunkowej zamówienia. Cena zaoferowana przez Clar System S.A. jest niższa od pozostałych cen, jednak nie w sposób rażący.

Wobec powyższego, Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia podejrzeń, że oferta najkorzystniejsza jest ofertą z rażąco niską ceną, a zatem nie było przesłanki do ustalenia, czy oferta Wykonawcy Clar System S.A. zawiera rażąco niską cenę, i tym samym, do wezwania o wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny.

Drugi zarzut pierwszego protestu – nieprawidłowa treść oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, również nie może być uznany za zasadny. Clar System S.A. załączył do oferty oświadczenie (strona 5 oferty, w aktach sprawy), wykorzystując formularz będąc załącznikiem do SIWZ (załącznik nr 3 do SIWZ). Treść oświadczenia złożonego na tymże formularzu wypełnia dyspozycję art. 44 w zw. z art. 22 Prawa zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, w treści dokumentu brakuje

oświadczenia, iż Wykonawca Clar System S.A. „spełnia warunki udziału w postępowaniu”. Jednak kwestionowany dokument jest zatytułowany właśnie „oświadczenie o spełnieniu warunków wymaganych przez zamawiającego w trybie art. 22, ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych”, wobec czego trudno zarzut Odwołującego w tym zakresie uznać za zasadny.

Trzeci zarzut pierwszego protestu także nie zasługuje na uwzględnienie. Z treści polisy nr 901001099360 (w aktach) wynika, że trzy podmioty, w tym Clar System SA, ubezpieczone są solidarnie od odpowiedzialności cywilnej, a suma gwarancyjna wynosi 3 000 000,00zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia”. Zatem na tej podstawie nie można uznać, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego przez Zamawiającego w SIWZ „Dla potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia do oferty należy załączyć: polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od

cywilnej deliktowej i w usług odpowiedzialności kontraktowej zakresie będących przedmiotem niniejszego postępowania o zamówienie publiczne na sumę gwarancyjną 1 000 000,00 zł na wszystkie zdarzenia i 1 000 000,00 zł na jedno zdarzenie.” (str. 3 SIWZ, Rozdział IX).

Ponadto należy zwrócić uwagę, że Zamawiający podczas oceny ofert w zakresie

stwierdzenia, czy załączone do ofert polisy spełniają warunek udziału w postępowaniu, opisany w SIWZ, skorzystał z wiedzy osoby, posiadającej wiadomości specjalne (opinia brokera z dn. 13.12.2007r. w aktach). Biegły nie zakwestionował żadnej ze złożonych polis.

Czwarty zarzut pierwszego protestu również nie jest zasadny. Odwołujący twierdzi, że z opisu działalności w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego nr 0000189335 złożonego przez Clar System S.A. wynika, że nie ma on uprawnienia do realizacji niektórych usług składających się na przedmiot zamówienia, ponieważ wśród numerów PKD nie ma numeru 85.14, a zawierającego niektóre z czynności wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazać należy, że do wykonywania tego zakresu czynności nie jest konieczne posiadanie zezwolenia administracyjnego (kwestia ta nie jest sporna – vide oświadczenie Odwołującego zawarte w jego ofercie, strona 7 oferty). Wobec powyższego, nie można odmówić prawa do wykonywania określonej działalności, skoro nie jest ona w żaden sposób koncesjonowana (nie podlega żadnym ograniczeniom administracyjnym). Sposób klasyfikacji (czy to wg PKD czy wg PKWiU) nie ma znaczenia dla określenia, czy dany podmiot posiada uprawnienie do wykonywania określonej czynności. „Fakt, że z odpisu z właściwego rejestru wykonawcy nie

7

wynika, że prowadzi on działalność objętą przedmiotem zamówienia, nie oznacza, że wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania takiej działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych: (wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 02.08.2006r., sygn. akt UZP/ZO/0-1937/05)

(B) Drugie postępowanie odwoławcze, sygn. akt KIO/UZP 82/08

Pierwszy zarzut drugiego protestu (odnoszący się do złożenia dokumentu wadium w niewłaściwej formie) został złożony po terminie, ponieważ nie ulega wątpliwości, że ofertę (i załączone do niej dokumenty) uznana za najkorzystniejszą można było oprotestować nie później, niż w terminie 7 dni od ogłoszenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Drugi zarzut drugiego protestu dotyczy niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący zarzuca tej czynności uchybienie formalne (naruszenie art. 183 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający nie uwzględniając pierwszego protestu w części dotyczącej przedmiotowego zarzutu wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) oraz materialne (błędna interpretacja wyjaśnień Przystępującego, prowadząca do uznania, że nie złożył on oferty z rażąco niską ceną).

Odnosząc się do pierwszego aspektu (formalnego) niewłaściwego zdaniem Odwołującego, zastosowania trybu opisanego w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, stwierdzić należy, iż Zamawiający nie uchybił przepisom ustawy. Po wniesieniu pierwszego protestu, mimo iż wcześniej uznał, że nie miał podstaw do ustalenia, czy oferta Clar System S.A. zawiera rażąco niską cenę, postąpił zgodnie z sugestią zawartą w pierwszym proteście i zwrócił się do Clar System S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dn. 27.12.2007r.).

Przystępujący w dniu 02.01.2008r. udzielił wyjaśnień, które zostały zaakceptowane przez Zamawiającego, i w konsekwencji, oddalił on zarzut zaniechania czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (jako że po wyjaśnieniach upewnił się co do swojego wcześniejszego stanowiska, że nie doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną, zatem nie było podstaw do ustalenia, czy złożono ofertę z rażącą ceną).

Odnosząc się do merytorycznej oceny wyjaśnień Przystępującego, ocena Zamawiającego, iż w postępowaniu nie złożono oferty z rażąco niską ceną była prawidłowa.

W piśmie z dn. 30.11.2007 r. Zamawiający zmodyfikował SIWZ, uzupełniając ją o informację dotyczącą prognozowanych kosztów zatrudnienia pracowników zaplanowanych do przejęcia w trybie art. 23 (1) Kodeksu pracy (przejęcie takie jest możliwe – za przejście części zakładu

8

pracy uważa się w takim przypadku przejęcie „w faktyczne władanie części zadania lub

zadań, stanowiących placówkę zatrudnienia, a więc w zakresie pozwalającym na wykonywanie obowiązków pracowniczych” – wyrok Sądu Najwyższego z dn. 15.09.2006., sygn. akt I PK 75/06). Fakt, że były to koszty szacunkowe, wynika ze sformułowań użytych przez Zamawiającego („Informacja ta dotyczy pracowników, którzy prawdopodobnie pozostaną w stosunku pracy w dniu 01.01.2008 r.”; zestawienie „nie obejmuje odpisów na ZFSS, dodatków za pracę w nocy oraz ekwiwalentów BHP”). Nikt z uczestników postępowania nie oprotował modyfikacji SIWZ z dn.30.11.2007r.

Zatem, jako że na dzień otwarcia ofert nie można było przewidzieć ostatecznej ilości pracowników i wszystkich elementów wynagrodzeń, Zamawiający podał szacunkowy koszt zatrudnienia pracowników. Wobec powyższego, skoro cena oferty była ceną ryczałtową, a koszty wynagrodzeń, stanowiące jeden z elementów ceny, były wielkością szacunkową, Wykonawca miał prawo wycenić całkowity koszt usługi biorąc pod uwagę wszelkie prognozowane okoliczności (wynikające z faktu, iż jest zakładem pracy chronionej; przejścia w trybie art. 23 (1) pracowników, w tym osób niepełnosprawnych i związanych z tym ewentualnych dofinansowań; korzystne warunki oferowane przez kontrahentów, dotyczące zakupu materiałów czyszczących).

Zauważyć również należy, że przy cenie ryczałtowej ryzyko prawidłowej wyceny oferty spoczywa całkowicie na wykonawcy i w razie niedoszacowania ponosi on wszelkie ewentualne koszty pominięte przez siebie przy dokonywaniu wyceny.

Różnica między miesięczną ceną realizacji usługi u Odwołującego i Przystępującego to 7630,16 zł (cena brutto miesięczna to odpowiednio 164000zł i 156369,84zł). Reasumując, w niniejszym postępowaniu nie można uznać, że została złożona oferta z rażąco niską ceną, „rażąco niską cenę, o której mowa w art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, należy odnieść do całości przedmiotu zamówienia, a nie do jego poszczególnych elementów składowych” – tak uznał Sąd Okręgowy w Częstochowie (wyrok z dn. 21.09.2005r., sygn. akt. VI Ca 628/05).

9

tylko koszt zatrudnienie przejmowanych pracowników, a zatem nie można uwzględnić zarzutu Odwołującego.

Reasumując, żaden z zarzutów podnoszonych w drugim odwołaniu nie może być uznany za zasadny.

Z uwagi na powyżej opisane okoliczności orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

10

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*