Sygn. akt: KIO 1927/12

WYROK
z dnia 25 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Emil Kuriata
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Cleaning sp. z o. o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. śołnierska 18, 10 – 561 Olsztyn,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **DERSŁAW Sp. z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o., ul. Ruszczańska 24, 28-230 Połaniec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1927/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. śołnierska 18 , 10 – 561 Olsztyn,** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Cleaning sp. z o. o., Hospital**

Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. śołnierska 18, 10 – 561 Olsztyn** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Cleaning sp. z o. o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Olsztynie.**

Przewodniczący: ……..…..…

……..……..……

……..……..

Sygn. akt: KIO 1927/12

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Kompleksowa usługa sprzątania". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 106-176938 w dniu 6 czerwca 2012 r.

Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2012 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o., z siedzibą lidera w Połańcu (zwanej dalej „Konsorcjum Dersław").

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: Impel Cleaning sp. z o. o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą we Wrocławiu (zwane dalej „Konsorcjum Impel") wniosło odwołanie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanje dalej „Pzp":

1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tj. Konsorcjum Dersław, mimo iż ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu,
3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Dersław, mimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Dersław, mimo iż oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Dersław, mimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę;
6) art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Dersław do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
7) art. 91 ust 1 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

z ostrożności procesowej - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy L.S. Med. z siedzibą w Czosnowie, mimo nie wniesienia wadium i nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego potencjału.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (złożonej przez Konsorcjum Dersław), powtórzenia czynności

badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, dokonania czynności wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy, odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę, dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł następujące zarzuty:

I. W ocenie odwołującego wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z brzmieniem rozdziału V pkt 2 siwz, wykonawcy musieli się wykazać realizacją co najmniej „dwóch usług odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, tj. polegających na wykonaniu dwóch usług, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000, 00 zł każda."

Wybrany wykonawca przedstawił w swojej ofercie wykaz dwóch usług:

1) usługę zrealizowaną przez Jantar Sp. z o. o. z siedzibą w Słupsku na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Janusza Korczaka w Słupsku w okresie od 28 lipca 2009 r. do 31 grudnia 2010 r. za kwotę 4.128.666,58 zł,
2) usługę zrealizowaną przez DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego, w okresie od dnia 28 lipca 2009 r. do dnia 28 lutego 2011 r. za kwotę 2.297.126,79 zł.

Obie przedstawione referencje nie potwierdzają, aby wykonawca spełnia postawione w siwz wymogi. Załączone do oferty zobowiązanie firmy Jantar Sp. z o. o. zostało podpisane przez prokurenta, głównego księgowego, T…… K…… . W ofercie nie wykazano jaki rodzaj prokury - samoistną czy łączną - posiada pan K……, zatem zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy zobowiązanie zostało udzielone przez osobę prawidłowo umocowaną do działania w imieniu spółki Jantar. Niezależnie od powyższego treść ww.

zobowiązania nie spełnia wymogów postawionych w art. 26 ust 2 b Pzp. Zgodnie z ustawą, aby móc posługiwać się cudzym potencjałem, wykonawca musi „udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia". W treści złożonego dokumentu nie ma mowy o sposobie, w jaki wybrany wykonawca będzie dysponował potencjałem firmy Jantar, na jaki czas i na jakich zasadach. Zamawiający zaś w rozdziale VI pkt 1.4 swiz wymagał, aby wykonawcy posługiwali się potencjałem innego podmiotu przez okres nie krótszy niż okres wykonania zamówienia.

Usługa zrealizowana przez DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego swoim zakresem nie obejmuje prac odpowiadających pracom będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił przedmiot zamówienia jako: 1) sprzątanie i dezynfekcja pomieszczeń i ciągów komunikacyjnych oraz mycie i dezynfekcja wyposażenia, 2) czynności pomocnicze przy pacjentach, w tym pomoc przy zabiegach operacyjnych, 3) pomoc w transporcie pacjentów, 4) transport wewnętrzny, 5) transport posiłków w obrębie

oddziału oraz odbiór tac z naczyniami i sztućcami, a także resztek pokonsumpcyjnych z oddziałów. Zgodnie z treścią swiz prowadzonego przez Szpital im. J. Gromkowskiego przedmiotem postępowania było wykonanie: 1) kompleksowej usługi w zakresie utrzymania czystości, 2) dezynfekcji, 3) całodobowego transportu wewnątrzszpitalnego, oraz transportu noworodków w zespole wyjazdowym „N", 4) gospodarowania bielizną szpitalną, 5) zaopatrzenia w środki higieny, 6) całodobową obsługę portierni, 7) pobierania opłat za parkowanie samochodów na terenie Centrum, zgodnie z wymogami sanitarno - epidemiologicznymi - pod nadzorem zamawiającego. Jak widać z porównania wyżej wskazanych przedmiotów tych dwóch zamówień, z pięciu punktów wskazanych przez zamawiającego, wykonawca w ogóle nie realizował punktów nr 2 i nr 5 na rzecz Szpitala we Wrocławiu, a także częściowo pkt nr 1 i nr 3 - w zakresie dezynfekcji wyposażenia i transportu pacjentów. Trudno zatem mówić o podobieństwie obu tych usług. Powierzchnia wewnętrzna Szpitala w Olsztynie podlegająca sprzątaniu obejmuje około 23 966 m2, z kolei usługa realizowana we Wrocławiu to 5 983,40 m2 powierzchni szpitalnej i 25.179,00 m2 powierzchni zewnętrznej. We Wrocławiu firma DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o. o. dbała w istocie o tereny zewnętrzne Szpitala i jedynie marginalnie w rozproszonych jednostkach szpitalnych - o czystość wewnątrzszpitalną, bez obowiązku zapewnienia obsługi np. sal operacyjnych. W tym samym czasie w głównej siedzibie Szpitala im. Gromkowskiego usługi obsługi sal operacyjnych i sal chorych realizowała firma odwołującego. Tymczasem zamawiający zleca w niniejszym przetargu w istotnej części usługi pomocowe - patrz rozdział III pkt 9 swiz. Organizacja tego rodzaju usługi w sposobu istotny różni się od dbałości od teren zewnętrzny, przyszpitalny. Wymaga innego rodzaju personelu, posiadającego inne kwalifikacje i przeszkolenie, posługującego się innym sprzętem i środkami. Sam wybrany wykonawca ocenił wartość prac pomocowych, które mają być realizowane na rzecz zamawiającego na kwotę 96 759,00 zł, przy całości oferowanej usługi na poziomie 196 759,90 zł (ok. 50 %).

II Złożone przez wybranego wykonawcę dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału ekonomicznego i finansowego są nieprawidłowe. Nie wiadomo na jakiej podstawie wybrany wykonawca posługuje się potencjałem finansowym firmy Jantar - złożone przez spółkę Jantar zobowiązanie (posiadające i tak inne wady, o czym wyżej) - nie dotyczy potencjału ekonomicznego. Z kolei opinia bankowa z ING Bank Śląski SA dla DGP CLEAN Partner sp. z o. o. wskazuje najwyższy stan środków na koncie formy w dniu 8 maja 2012 r. Informacja ta nie spełnia wymogów siwz w zakresie wykazania przez wykonawcę dysponowania środkami w kwocie co najmniej 2 milionów złotych.

III Złożone przez wybranego wykonawcę zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla członków urzędujących władz zostały wydane na wniosek spółek w zakresie art. 24 ust 1 pkt 1-9 Pzp i nie obejmują - zgodnie z załączonymi do oferty wybranego wykonawcy

wnioskami do KRK – przesłanek, które winny być od dnia 21 lipca 2012 r. wykazane (art. 24 ust 1 pkt 10 i 11 Pzp).

Ponadto dokumenty w tym zakresie przedstawione przez wybranego wykonawcę nie są aktualne. Odpis z KRS firmy Dersław sp. z o. o z dnia 30 maja 2012 r. jako członka Rady

Nadzorczej wskazuje p. A……. W……., nr PESEL …….. . Ta sama osoba w KRS spółki DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o. o. jako prezes zarządu widnieje z takim samym nr PESEL. Natomiast w KRS firmy DGP CLEAN Partner sp. .z o. o. oraz w zaświadczeniu z KRK wskazuje na nr PESEL o numerze 53081020825. Tym samym dokumenty te zawierają różne dane – nieaktualne w odniesieniu do jednej osoby. Zgodnie z zaświadczeniem Urzędu Miasta Legnicy z dnia 5 stycznia 2009 r. prawidłowy nr PESEL A…….. W…… to …….
IV Wybrany wykonawca dopuścił się w niniejszym postępowaniu czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieprawidłowe wypełnienie załącznika nr 3 - załącznik cenowy szczegółowy. W załączniku tym należało przedstawić szczegółowo w rozbiciu na poszczególne jednostki Szpitala koszty realizacji - przedstawionej ceny. Wszyscy wykonawcy, poza wybranym, rozpisali, zgodnie ze stanem faktycznym, wszystkie koszty realizacji pełnego zakresu zamówienia, obejmującego realizację wszystkich 5 usług wskazanych w za łączniku nr 2. Jedynie wybrany wykonawca w załączniku nr 3, jako koszty szczegółowe, przedstawił w rozbiciu na poszczególne jednostki zamawiającego wyłącznie koszty usługi sprzątania i dezynfekcji wewnątrz Szpitala plus mycie i dezynfekcja wyposażenia - a wiec jedynie pozycję nr 1 z załącznika nr 2. Pozornie takie wypełnienie załącznika nr 3 nie wpływa na wybór najkorzystniejszej oferty i realizację usługi. Mając na uwadze zapisy siwz, wszyscy wykonawcy wiedzieli jednak o planowanym przez zamawiającego wyłączeniu dotychczasowego bloku operacyjnego. Jednocześnie od dnia 1 grudnia 2012 r. zamawiający planuje rozpoczęcie działalności nowego bloku operacyjnego i centralnej sterylizatorni w nowym budynku o powierzchni ok. 6 500 m2 – str. 5 siwz. Ten nowy budynek będzie obsługiwany przez wykonawcę na podstawie zamówienia uzupełniającego – zgodnie z modyfikacją siwz z dnia 23 lipca 2012 r. Tym samym zabieg wybranego wykonawcy pozwala mu uzyskać wymierne korzyści i żądać od Szpitala podwójnej opłaty za te same czynności. Po pierwsze wybrany wykonawca „straci" na wyłączeniu dotychczasowego bloku operacyjnego kwotę obejmującą wyłącznie koszty sprzątania, utrzymując jednocześnie dotychczasowy poziom wynagrodzenia za: czynności pomocnicze przy pacjentach, w tym pomoc przy zabiegach operacyjnych, pomoc w transporcie pacjentów, transport wewnętrzny oraz transport posiłków w obrębie oddziału oraz odbiór tac z naczyniami i sztućcami, a także resztek pokonsumpcyjnych z oddziałów. Pozostali wykonawcy obniżą swoje wynagrodzenie proporcjonalnie o wszystkie elementy zamówienia wykonywane na dotychczasowym bloku operacyjnym. Wszyscy wykonawcy zaś uzyskają obsługę nowego bloku operacyjnego na podstawie zamówienia uzupełniającego, obejmującego pełne koszty świadczenia

kontraktowanego zakresu czynności, bez konieczności odwoływania się do cen jednostkowych z załącznika nr 3 do siwz. Dzięki zatem zastosowanemu zabiegowi przy wypełnianiu załącznika nr 3, wybrany wykonawca uzyska w sposób nieuzasadniony dodatkowy dochód bez ponoszenia kosztów, co pozwala na zaoferowanie takiej ceny usługi, aby uzyskać niekonkurencyjną przewagę nad pozostałymi wykonawcami. Działanie wybranego wykonawcy nosi znamiona świadomego skalkulowania ceny w sposób odmienny niż wymagał zamawiający. W tym zakresie oferta jest niezgodna z treścią siwz i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Zastosowana metoda wypełnienia załącznika nr 3 skutkuje też tym, iż cena przedstawiona w tym załączniku nie znajduje potwierdzenia ani w treści załącznika nr 2 ani w treści formularza ofertowego. Tym samym załącznik nr 3 zawiera alternatywne w stosunku do oświadczenia złożonego przez wykonawcę w formularzu cenowym wyliczenie ceny i jest wariantem oferty, podczas gdy zamawiający w pkt II. 1.9 ogłoszenia wykluczył możliwość składania ofert wariantowych. Tym samym oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.
V. Oferta wybranego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. W związku ze zmianami treści swiz z dnia 10 lipca 2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 17, zamawiający przedstawi! tabelę, którą należało się posiłkować, aby zapewnić ciągłość usługi przez 24 godziny na dobę i przez 7 dni w tygodniu. Przekładając tabelę z tej odpowiedzi na potrzebną ilość etatów do wykonania usług oraz dodając dodatkowe etaty na usługi transportu, obsadę bloku operacyjnego, wg zapisów siwz do prawidłowej realizacji usługi konieczne jest zapewnienie nie mniej niż 121 etatów. Odwołujący przedstawił w odwołaniu własną kalkulację kosztów realizacji usługi za sprzątanie za 1 miesiąc na terenach wewnętrznych. W ocenie odwołującego wyliczenia opracowane w oparciu o zapisy swiz, przepisy prawa pracy i funkcjonujące na rynku technologie realizacji usług, wykazują jasno, iż aby wykonać wszystkie czynności zawarte w swiz, koszty realizacji usług znacznie przekroczą cenę

zaproponowaną przez wybranego wykonawcę. Ponieważ zamawiający zaniechał skorzystania z procedury wyjaśniania sposobu obliczenia ceny przez wybranego wykonawcę, pozbawił się możliwości sprawdzenia czy oferowana cena obejmuje realizację wszystkich potrzebnych usług, a przewidziana kadra i sprzęt wystarczą do realizacji usług na poziomie zapewniającym bezpieczeństwo sanitarne dla pacjentów.
VI. Odwołujący wskazał, iż wybrany wykonawca przedstawił w wykazie środków produkt, który nie spełnia wymagań siwz (str. 20 w pkt 4.1.). Zamawiający wymagał dołączenia wykazu środków do mycia i dezynfekcji wraz z dokumentami dopuszczającymi te środki do używania, deklaracji zgodności lub certyfikatu zgodności oraz kartę charakterystyki. W odpowiedzi na pytanie nr 9 z dnia 10 lipca 2012 r. zamawiający doprecyzował, iż oczekuje dołączenia do oferty dokumentu dopuszczającego dla środków, które są produktami biobójczymi. W ofercie wybranego wykonawcy preparat o nazwie Etanol skażony alkoholem izopropylowym został

wskazany jako preparat do dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych. Dla tego preparatu w ofercie nie dołączono dokumentu dopuszczającego do obrotu, a jedynie kartę charakterystyki. Tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.
VII. W odniesieniu do oferty złożonej przez L.S. Med. Sp. z o. o., odwołujący podniósł, iż wadium i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w przetargu, udostępnione wykonawcy przez firmę Magellan zostały wystawione firmie Grupa LS sp. z o.o., podczas gdy w niniejszym postępowaniu ofertę złożyła spółka L.S. Med. Sp. z o. o., tj. inny podmiot niż ten, za którego wadium zostało wniesione. W tej sytuacji wykonawca L.S. Med. Sp. z o. o. winien zostać wykluczony z postępowania.

Konsorcjum Dersław zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego. Zamawiający podniósł, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp nie wymaga podania sposobu i zasad dysponowania potencjałem innego podmiotu.
Zamawiający wyjaśnił, iż referencje firmy DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. przyjął w dobrej wierze jako niebudzące wątpliwości, a odwołujący nie wykazał, że usługa opisana tamże nie odpowiada rodzajem przedmiotowi zamówienia. Ponadto dla oceny potencjału ekonomicznego i finansowego Konsorcjum Dersław w przedmiotowym postępowaniu wystarczające jest potwierdzenie zdolności kredytowej w informacji banku z dnia 15 maja 2012 r. i 18 maja 2012 r. i nie ma żadnego znaczenia informacja dotycząca firmy Jantar.
Zdaniem zamawiającego przepisy art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp mają zastosowanie do postępowań wszczętych po dacie wejścia w życie tych przepisów. Zamawiający wskazał także, że na zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ciąży obowiązek badania prawidłowości ujawnionych w KRS danych członków organów określonych podmiotów. Sposób wypełnienia załącznika nr 3 do siwz nie został jednoznacznie określony w siwz, dlatego wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieścisłości treści specyfikacji. W ocenie zamawiającego porównanie wartości ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wskazuje, że najniższa cena nie odbiega znacząco od cen innych ofert, ani od wartości zamówienia. Zamawiający nie był więc zobowiązany żądać wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zdaniem zamawiającego przedstawiona w odwołaniu kalkulacja kosztów wykonania usług jest obarczona błędnym założeniem co do czasu wykonywania usług. Zamawiający wskazał na zakończenie, że wykonawca LS Med. Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania, a wobec tego zrzut dotyczący tego wykonawcy nie jest uzasadniony.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący – Konsorcjum Impel jest legitymowany do wniesienia

odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, a odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum Dersław skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w ustawowym terminie, określonym w art. 185 ust. 2 Pzp. Przystępujący wykazał też interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Izba nie rozpoznawała przy tym zarzutów, które nie zostały przez odwołującego podtrzymane na rozprawie, tj. zarzutu dotyczącego umocowania p. T…….. K……. do podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów firmy Jantar oraz zarzutu podniesionego wobec wykonawcy LS Med. Sp. z. o.o.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Dersław z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, Izba stwierdziła, że Konsorcjum Dersław nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z brzmieniem rozdziału V pkt 2 siwz, zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się zrealizowaniem co najmniej „dwóch usług odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, tj. polegających na wykonaniu dwóch usług o wartości nie mniejszej niż 1 000 000, 00 zł każda.”

Konsorcjum Dersław w złożonej ofercie przedstawiło wykaz wykonanych usług, w którym wskazano:
- usługę zrealizowaną przez firmę Jantar Sp. z o. o. z siedzibą w Słupsku na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Janusza Korczaka w Słupsku w okresie od 28 lipca 2009 r. do 31 grudnia 2010 r. o wartości 4.128.666,58 zł,
- usługę zrealizowaną przez DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy na

rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu w okresie od dnia 28 lipca 2009 r. do dnia 28 lipca 2011 r. o wartości 2.297.126,79 zł.

Konsorcjum Dersław przedłożyło jednocześnie zobowiązanie firmy Jantar Sp. z o.o. do udostępnienia swoich zasobów w postaci posiadanej wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby powyższe zobowiązanie nie spełnia jednak wymogów art. 26 ust 2b Pzp. Zgodnie z ww. przepisem na wykonawcy, posługującym się zobowiązaniem innego podmiotu do mu w celu spełniania udostępnienia zasobów wykazania warunków udziału w postępowaniu, ciąży obowiązek udowodnienia zamawiającemu, iż będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia na czas realizacji zamówienia. Zobowiązanie firmy Jantar nie określa w jaki sposób lub też na jakich zasadach zasoby tej firmy w postaci wiedzy i doświadczenia zostaną udostępnione Konsorcjum Dersław przy realizacji zamówienia. W toku rozprawy przystępujący wyjaśnił, że udostępnienie doświadczenia przez firmę Jantar zostanie przekazane w postaci doradztwa. Także z treści oferty przystępującego nie wynika, że firma Jantar będzie w jakikolwiek sposób uczestniczyła w realizacji zamówienia lub też np. udostępni przystępującemu swoich pracowników. Zauważyć należy, że korzystanie z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu w wykonywaniu usług sprzątania, bez udziału tego podmiotu lub osób posiadających określone doświadczenie w realizacji zamówienia, wymaga podjęcia określonych działań zmierzających do przekazania posiadanej wiedzy i doświadczenia. Udostępnienie takich zasobów musi mieć charakter realny. W celu wykazania (udowodnienia) przekazania wiedzy i doświadczenia przez jeden podmiot – drugiemu, w takim przypadku istotne jest w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostaną przekazane, aby korzystanie z zasobów było skuteczne. Zamawiający badając zobowiązanie innego podmiotu udzielone w trybie art. 26 ust. 2b Pzp musi mieć możliwość dokonania oceny, czy udostępnienie zasobów nastąpi w sposób rzeczywisty - zapewniający korzystanie przez wykonawcę z tych zasobów. Udostępnienie zasobów nie może bowiem sprowadzać się wyłącznie do udostępnienia wykonawcy listów referencyjnych danego podmiotu.
W powyższym aspekcie zobowiązanie firmy Jantar nie spełnia wymogów art. 26 ust. 2b Pzp.

Konsorcjum Dersław, przedkładając zamawiającemu zobowiązanie firmy Jantar nie udowodniło tym samym, że przy realizacji zamówienia będzie w sposób wymierny korzystać z wiedzy i doświadczenia firmy Jantar. Izba uznała jednocześnie, że zgodnie z wymogiem zawartym w rozdziale VI pkt 1.4 swiz z treści ww. zobowiązania wynika, że firma Jantar Sp. z o.o. zobowiązała się do udostępnienia Konsorcjum Dersław swoich zasobów na okres realizacji zamówienia, tj. okres nie krótszy niż okres wykonania zamówienia.

Wadliwość ww. zobowiązania skutkuje uznaniem, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia. W badanym stanie faktycznym zamawiający mógłby wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów (w tym - zobowiązania podmiotu trzeciego) potwierdzających spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, jednak z uwagi na fakt, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu (o czym w dalszej części uzasadnienia wyroku), zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, wezwanie w powyższym zakresie nie jest obligatoryjne.

Ponadto, wykazana w ofercie usługa, zrealizowana przez DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu (Dolnośląskie Centrum Pediatryczne im. Janusza Korczaka SPZOZ) na podstawie umowy od dnia 16 marca 2008 r. do dnia 28 lutego 2011 r., nie potwierdza spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, ponieważ zakres ww. usługi nie obejmuje usług odpowiadających rodzajowo usługom będących przedmiotem niniejszego zamówienia, w szczególności w zakresie usług pomocniczych przy pacjentach, w tym pomocy przy zabiegach operacyjnych, które stanowią istotną część przedmiotu zamówienia. Wskazany przez przystępującego w szczególności załącznik nr 5 do ww. umowy przedstawia zakres czynności wykonywanych przez „noszowego" Zespołu Wyjazdowego „N". Z treści tego załącznika wynika, że „noszowy" świadczy usługi transportowe i prace sanitarno-porządkowe dla Zespołu Wyjazdowego „N" i całego DCP przez całą dobę. Powyższe usługi nie odpowiadają swoim charakterem usługom pomocowym świadczonym przy zabiegach operacyjnych, które wymagają wyższych kwalifikacji i innych umiejętności. Z umowy przedłożonej przez odwołującego i przystępującego na rozprawie wynika, że firma DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. w znacznej części zajmowała się terenem zewnętrznym Szpitala, a tylko w niewielkiej części - zapewnieniem czystości wewnątrzszpitalnej. Jak wskazywał odwołujący, a przystępujący i zamawiający nie zaprzeczyli, w tym samym czasie w głównej siedzibie ww. Szpitala im. Gromkowskiego usługi w zakresie obsługi sal operacyjnych i sal chorych realizowała firma odwołującego. W przedmiotowym postępowaniu usługi pomocowe stanowią znaczną część przedmiotu zamówienia (patrz rozdział III pkt 9 swiz), których wartość sam przystępujący ocenił na kwotę 96 759,00 zł tj. ok. 50 % zaoferowanej ceny. Zważywszy, że ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć wyłonieniu wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia, należy uznać, że zamawiający powinien badać doświadczenie wykonawców oceniając rzeczywisty rodzaj i zakres wykonanych usług w stosunku do wiodących usług stanowiących przedmiot zamówienia. Dokonywana ocena nie może sprowadzać się do oceny czysto formalnej, tj. potwierdzenia spełniania warunku w oparciu o nazwę nadaną wykonanemu zamówieniu. W ustalonym stanie faktycznym niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem Konsorcjum Dersław, ponieważ w świetle art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia wykazu wykonanych usług, gdyż ww. oferta podlega odrzuceniu.

W pkt V.1.4 i 2.2 siwz zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców oraz w pkt VI A.1.3 sposób oceny jego

spełniania. Wymagał, aby wykonawca posiadał środki własne lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000 zł. Ocena spełniania ww. warunku dokonywana była na podstawie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych – na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000 zł lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Złożona przez Konsorcjum Dersław w ofercie informacja ING Bank Śląski S.A. CBK we Wrocławiu z dnia 18 maja 2012 r. potwierdza m.in., że jeden z członków konsorcjum –

firma DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy na dzień 17 maja 2012 r. posiadała zdolność kredytową na poziomie 4 500 000 zł. Powyższy dokument potwierdza zatem w pełni spełnienie przez Konsorcjum Dersław warunku udziału w zakresie potencjału ekonomicznego i finansowego. Pozostałe dokumenty złożone przez Konsorcjum Dersław w ofercie – informacja dotycząca firmy Dersław Sp. z o.o., informacja dotycząca firmy DGP Clean Partner Sp. z o.o., informacja dotycząca firmy Jantar Sp. z o.o. nie mają znaczenia dla oceny spełniania ww. warunku przez przystępującego, wobec czego zarzuty dotyczące tych informacji należało uznać za nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 Pzp wyklucza się: pkt 10) wykonawców będących osobami fizycznymi, które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 769) - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku; pkt 11) wykonawców będących spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku. Powyższe przepisy weszły w życie z dniem 21 lipca 2012 r., tj. przed terminem składania i otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu (27 lipiec 2012 r.). Zamawiający nie dokonał jednak zmiany treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie i nie żądał złożenia odpowiednich dokumentów przez wykonawców, stosownie do nowelizacji ustawy Pzp. Zarówno wzory oświadczeń, jak i wymagania dotyczące złożenia zaświadczeń z KRK zawarte w siwz nie uwzględniają nowej regulacji prawnej.

W tym stanie faktycznym złożone przez Konsorcjum Dersław zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla członków urzędujących władz, wydane na wniosek spółek

w zakresie art. 24 ust 1 pkt 1-9 Pzp, spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz co do dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w określonym w siwz zakresie. Zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. Skoro zamawiający nie żądał określonych dokumentów, to przy badaniu i ocenie ofert wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji błędów popełnionych przez zamawiającego przy sporządzaniu ogłoszenia i specyfikacji. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, żaden z wykonawców (w tym także odwołujący), stosownie do treści siwz, nie złożył zaświadczeń z KRK, ani oświadczeń w zakresie obejmującym przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust 1 pkt 10 i pkt 11 Pzp. Zamawiający nie jest także uprawniony do żądania na etapie badania i oceny ofert dokumentów, które nie zostały wskazane ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani też w specyfikacji. Brak złożenia zatem ww. dokumentów przez Konsorcjum Dersław nie może być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zarzut, iż odpisy z KRS firmy Dersław Sp. z o. o. i DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. są nieaktualne gdyż zawierają błędny nr PESEL osoby pełniącej funkcję odpowiednio członka rady nadzorczej i zarządu, Izba uznała za niezasadny. Brak aktualizacji danych ujawnionych w KRS przez przedsiębiorców nie podlega ocenie na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zauważyć należy, że odwołujący nie kwestionował tożsamości osoby p. A…….. W……..., nie mniej jednak błędny nr PESEL tej osoby, zgodnie
z zaświadczeniem z dnia 5 stycznia 2009 r. Urzędu Miasta Legnicy, powinien zostać przez ww. przedsiębiorców sprostowany.

Izba uznała za zasadny zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty złożonej przez Konsorcjum Dersław, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sposobu przedstawienia oferty i ceny w załączniku nr 3 do siwz. Jednocześnie nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89

ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum: Dersław, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Fakt, że Konsorcjum Dersław nieprawidłowo wypełniło załącznik nr 3 „Szczegółowy sposób przedstawienia oferty i obliczenia ceny" nie stanowi podstawy do zakwalifikowania złożenia ww. oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji.

Jak wynika z treści siwz w załączniku nr 3, określonym jako „Szczegółowy sposób przedstawienia oferty i obliczenia ceny" należało przedstawić cenę oferty (koszty realizacji

usług) szczegółowo w rozbiciu na poszczególne jednostki Szpitala. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, aby zamawiający wymagał przedstawienia w tym załączniku jedynie kosztów usług określonych w pozycji nr 1 załącznika nr 2 (koszty usługi sprzątania i dezynfekcji wewnątrz Szpitala plus mycie i dezynfekcja wyposażenia). Wręcz przeciwnie, z określenia załączników nr 2 i nr 3 do siwz wynika, że skoro w załączniku nr 2 „Sposób przedstawienia oferty i obliczenia ceny" należało przedstawić cenę oferty w rozbiciu na poszczególne rodzaje usług w zakresie obejmującym cały przedmiot zamówienia, to w załączniku nr 3 „Szczegółowy sposób przedstawienia oferty i obliczenia ceny" należało przedstawić cenę oferty (cenę za cały przedmiot zamówienia) w rozbiciu szczegółowym na poszczególne jednostki Szpitala. Powyższa treść oferty ma istotne znaczenie z punktu widzenia potrzeb zamawiającego dotyczących prawidłowego rozliczenia świadczonych usług w przypadku zmian organizacyjnych u zamawiającego. W § 9 ust. 5 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że „W przypadku zmian organizacyjnych u Zamawiającego strony dokonują zmian w zakresie czynności Wykonawcy, z odpowiednią zmianą wynagrodzenia – w formie aneksu do umowy przy zastosowaniu stawek z oferty wykonawcy." Jak zgodnie potwierdziły strony postępowania, zamawiający planuje wyłączenie dotychczasowego bloku operacyjnego. Jednocześnie od dnia 1 grudnia 2012 r. zamawiający planuje rozpoczęcie działalności nowego bloku operacyjnego i centralnej sterylizatorni w nowym budynku, który będzie obsługiwany przez wykonawcę na podstawie zamówienia uzupełniającego - zgodnie ze zmianą postanowień siwz z dnia 23 lipca 2012 r.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, że brak podania przez Konsorcjum Dersław kosztów realizacji usług w rozbiciu na poszczególne jednostki stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność powyższa nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, gdyż wymagałoby to uzupełnienia przez wykonawcę oferty o nową treść, co jest niedopuszczalne na etapie badania i oceny ofert.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podnosząc niniejszy zarzut odwołujący nie wskazał podstawy prawa materialnego, tj. przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego znamiona wypełniają okoliczności powoływane w uzasadnieniu zarzutu. Odwołujący podnosił okoliczności, iż sposób wypełnienia przez Konsorcjum Dersław załącznika nr 3 do siwz pozwala wykonawcy uzyskać wymierne korzyści i żądać od Szpitala podwójnej opłaty za te same czynności. W ten sposób wykonawca może uzyskać nieuzasadniony dodatkowy dochód bez ponoszenia kosztów, co pozwala na zaoferowanie takiej ceny usługi, aby uzyskać niekonkurencyjną przewagę nad pozostałymi wykonawcami. Zdaniem

odwołującego działanie to nosi znamiona świadomego skalkulowania ceny w sposób odmienny niż wymagał zamawiający oraz świadomego zaniżenia kosztów realizacji usług w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Z uwagi na brak przyporządkowania przez odwołującego powoływanych okoliczności do konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należało odnieść te okoliczności do definicji czynu nieuczciwej konkurencji zawartej w art. 3 ust.1 u.z.n.k. Przepis ten pełni funkcję klauzuli generalnej, określającej przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem istota czynu nieuczciwej konkurencji wyraża się w działaniu przedsiębiorcy sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, naruszającym lub

zagrażającym naruszeniem interesów innych przedsiębiorców. Należy wskazać, iż uznanie czynu za delikt nieuczciwej konkurencji wymaga działania przedsiębiorcy, które pozostaje w sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami oraz narusza lub zagraża naruszeniem interesu innego przedsiębiorcy. W świetle przepisu art. 3 ust.1 u.z.n.k. konieczne jest kumulatywne spełnienie, określonych w nim przesłanek. Podkreślić przy tym należy, że dla wypełnieniem przesłanki zagrożenia interesu innego przedsiębiorcy niezbędne jest wykazanie, że zagrożenie to jest realne. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Odwołujący nie wykazał, że działanie polegające na odmiennym wypełnieniu załącznika nr 3 niż wymagano w siwz, jest sprzeczne z przepisami prawa lub dobrymi obyczajami oraz narusza bądź zagraża interesom innego przedsiębiorcy w sposób realny. Jak wskazał w jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Poznaniu „Pamiętać również należy [...], że większość zachowań konkurujących ze sobą na rynku podmiotów ma na celu utrudnienie konkurentom dostępu do rynku. Współzawodnictwo gospodarcze polega przede wszystkim na tym, że przedsiębiorca stara się uzyskać jak największą korzyść gospodarczą, zajmując możliwie największą część rynku oraz zwiększając swoją efektywność w tym obszarze, a odbywa się zawsze kosztem konkurentów i stanowi dla nich utrudnienie wykonywania działalności na tym rynku [...] Sankcjonowane przez ww. ustawę są jedynie te zachowania, które są niezgodne z prawem lub naruszają zasady współżycia społecznego (patrz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 16 lutego 2012 r. sygn akt X Ga 706/11).

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż zastosowana przez wybranego wykonawcę metoda wypełnienia załącznika nr 3 skutkuje tym, iż załącznik ten zawiera alternatywne w stosunku do oświadczenia złożonego przez wykonawcę w formularzu cenowym wyliczenie ceny i w istocie jest wariantem oferty, podczas gdy zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych. Po pierwsze, oferta Konsorcjum Dersław zawiera jednoznacznie wskazaną cenę w formularzu ofertowym. Po drugie, zgodnie

z definicją legalną (art. 2 pkt 7 Pzp) oferta wariantowa - to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie z treści oferty Konsorcjum Dersław nie wynika, aby wykonawca zaoferował odmienny niż przewidziany przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia. Takie okoliczności nie zostały również podniesione w odwołaniu w argumentacji dotyczącej omawianego zarzutu.

Nie potwierdził się zarzut, iż Konsorcjum Dersław zaoferowało w wykazie środków produkt, który nie spełnia wymagań zamawiającego. W siwz na str. 20 w pkt 4.1. zamawiający wymagał dołączenia wykazu środków do mycia i dezynfekcji wraz z dokumentami dopuszczającymi te środki do obrotu, deklaracji zgodności lub certyfikatu zgodności oraz kartę charakterystyki. W odpowiedzi na pytanie 9 z dnia 10.07.2012 r. zamawiający doprecyzował, iż oczekuje dołączenia do oferty dokumentu dopuszczającego do obrotu dla środków, które są produktami biobójczymi. Preparat o nazwie Etanol skażony alkoholem izopropylowym jako preparat do dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych, jak wyjaśnił przystępujący jest produktem niebezpiecznym jednak nie jest produktem biobójczym. Przeciwnych okoliczności odwołujący nie udowodnił, nie zaprzeczał też twierdzeniem przystępującego. Uznać zatem należało, że wykonawca nie był zobowiązany do złożenia w ofercie innych dokumentów dotyczących Etanolu skażonego alkoholem izopropylowym oprócz karty charakterystyki, która został przedstawiona w ofercie.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum: Dersław z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jest poza sporem, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają tzw. legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i w każdym konkretnym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli zajdzie taka potrzeba, należy tę kwestię badać.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie nastąpiło naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum: Dersław do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny. Biorąc pod uwagę zarówno wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego, jak i ceny zaoferowane przez czterech wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie sposób uznać, że cena zaoferowana przez przystępującego w sposób wyraźny (rażący) odbiega od średniego poziomu cen pozostałych ofert. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający w celu

16

---

ustalenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Powyższe oznacza, że muszą wystąpić okoliczności uzasadniające podejrzenie, że cena oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia jest rażąco niska. W dalszej kolejności przekonanie zamawiającego o tym, że cena danej oferty jest rażąco niska musi zostać poparte stosownymi okolicznościami, które nie zostaną w sposób obiektywny i wiarygodny wyjaśnione przez wykonawcę. Kryteria takiego badania winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08).

Odwołujący podnosił w uzasadnieniu zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Dersław, iż do wykonania przedmiotu zamówienia konieczne jest zapewnienie co najmniej 121 etatów i na tej podstawie przeprowadził kalkulację kosztów wykonania usług. Zauważyć jednak należy, że zamawiający wymagał zapewnienia dostępności usług, co nie oznacza, że wymagane usługi muszą być w sposób ciągły. Należy zauważyć, że na rynku widoczna jest silna konkurencja i tendencja do obniżania cen w sektorze usług. Wysokość cen usług stanowiących przedmiot zamówienia i możliwość obniżenia tych cen jest w znacznym stopniu uzależniona od efektywności wykonywanych czynności, zastosowania lepszej organizacji pracy, nowoczesnych środków i urządzeń usprawniających pracę. Oceniając przedstawioną przez odwołującego argumentację Izba uznała, że całościowa wartość oferty złożonej przez Konsorcjum Dersław nie może być uznana za wyczerpującą znamiona podania ceny rażąco niskiej.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu, że oferta złożona przez Konsorcjum Dersław podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należało uznać, że w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło naruszenie art. 91 ust 1 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Ponadto należało uznać, że przyjęcie przez zamawiającego nieprawidłowo sporządzonej oferty Konsorcjum Dersław w zakresie załącznika nr 3 do siwz (Szczegółowy sposób przedstawienia oferty i obliczenia ceny) skutkuje naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp, tj. naruszeniem w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z uwagi na powyższe Izba nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp.

17

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..…..…

……..……..……

……..……..

18