

WYROK
z dnia 27 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk

Ryszard Tezlaff

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Profil A Sp. z o.o., ul. Siemaszki 17b, 30-901 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, ul. Wrocławska 1, 30-901 Kraków** protestu z dnia 15 czerwca 2009 r.

przy udziale **KRAKPOL Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 12, 31-531 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Profil A Sp. z o.o., ul. Siemaszki 17b, 30-901 Kraków i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Profil A Sp. z o.o., ul. Siemaszki 17b, 30-901 Kraków,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Profil A Sp. z o.o., ul. Siemaszki 17b, 30-901 Kraków.**

Uzasadnienie

5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krakowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Kompleksową obsługę pralniczą”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało Opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 28 marca 2009 r., nr 2009/S 61-088245 z późniejszą modyfikacją.

Pismem z dnia 4 czerwca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Profil A Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze oferty wykonawcy KRAKPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „KRAKPOL”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 15 czerwca 2009 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł protest dotyczący wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy KRAKPOL jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KRAKPOL jako nieodpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KRAKPOL, gdyż oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty wykonawcy KRAKPOL oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty wykonawcy KRAKPOL.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż wykonawca KRAKPOL w przedłożonym wykazie stosowanych środków i preparatów wskazał Penta Activ oraz Monosan, nie załączając do oferty wymaganych dokumentów, dotyczących tych preparatów, a mianowicie certyfikatów/świadectw dopuszczenia. Środki te są środkami dezynfekcyjnymi (biobójczymi) przeznaczonymi do dezynfekcji bielizny szpitalnej i stanowią – zgodnie z regułą nr 15 przewidzianą w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie klasyfikacji wyrobów medycznych do różnego przeznaczenia (Dz. U. 2004 r., Nr 100, poz. 1027) wyrób medyczny klasy IIa, a regulacja ta stanowi *lex specialis* wobec art. 2 pkt 2 ustawy o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 93, poz. 896 z późn. zm.), co w konsekwencji oznacza, iż środki Penta Activ oraz Monosan powinny zostać oznakowane certyfikatem CE. Oznacza to, iż niewystarczająca jest w tym zakresie opinia wydana przez Państwowy Zakład Higieny.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy KRAKPOL opiewa na kwotę 549.910,00 zł i jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ponad 35% (wartość zamówienia stanowi 849.120,00 zł), a od oceny oferty Odwołującego o 33% (wartość oferty 824.809,40 zł). Natomiast z treści oferty tego wykonawcy nie wynika, aby wykonawca ten zastosował nowatorskie rozwiązania logistyczne, bądź środki piorące pozwalające wykonać usługę o ponad 30% taniej od cen stosowanych na rynku tego rodzaju usług. Zaoferowana cena jest nierealistyczna i niższa od kosztu wykonania przedmiotowej usługi oraz ma na celu wyeliminowanie z rynku pozostałych podmiotów.

Pismem 16 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca KRAKPOL otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 19 czerwca 2009 r. wykonawca KRAKPOL przystąpił do protestu (pismem z tej samej daty), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu. Wniósł on o odrzucenie protestu ze względu na to, iż czynności Zamawiającego wykonane zostały zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a Odwołujący w ponownie wniesionym proteście powołał się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia protestu z dnia 22 maja 2009 r.

Pismem z dnia 22 czerwca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego odrzucenie, podnosząc iż Odwołujący w dniu 22 maja 2009 r. wniósł protest dotyczący wyboru oferty wykonawcy KRAKPOL jako najkorzystniejszej, stawiając Zamawiającemu te same zarzuty, tj. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KRAKPOL jako nieodpowiadającej SIWZ oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KRAKPOL, gdyż oferta zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający protest uwzględnił, powtórzył oprotestowaną czynność, wzywając wykonawcę KRAKPOL do uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu certyfikatów i świadectw dopuszczenia środków i preparatów piorących i dezynfekujących oraz złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty. Następnie ponownie dokonał czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym ponowna ocena ofert została dokonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Pismem z dnia 1 lipca 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 3 lipca 2009 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 2 lipca 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 2 lipca 2009 r.), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

Nadto zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp poprzez odrzucenie protestu w sytuacji, gdy nie zaszyły przesłanki odrzucenia protestu określone w tym przepisie.

Odwołujący podniósł także, iż zestawienie kosztów prania 1kg bielizny nie odzwierciedla rzeczywistego poziomu kosztów, gdyż nie obejmuje wszystkich czynników składających się na ogólny koszt usługi. Natomiast ciężar dowodu na okoliczność tego, iż zaofferowana cena nie jest rażąco niską spoczywa na wykonawcy KRAKPOL.

W dniu 16 lipca 2009 r. (pismem z dnia 13 lipca 2009 r.) wykonawca KRAKPOL przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy KRAKPOL ze względu na to, iż oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę nie potwierdził się, przy czym może on być rozpatrzony przez Izbę wyłącznie w kontekście wyjaśnień złożonych przez wykonawcę KRAKPOL, gdyż pozostałe okoliczności wskazane w proteście z dnia 15 czerwca 2009 r. były już podnoszone wcześniej (w proteście z dnia 22 maja 2009 r.).

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 11 SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” zamieścił postanowienie, iż wykonawca zobowiązany jest złożyć „Formularz ofertowy”, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ oraz „Formularz cenowy”, stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ, w którym wyspecyfikował asortyment będący przedmiotem zamówienia ze wskazaniem jego ilości w miesiącu, natomiast postawił wymóg podania dla poszczególnych pozycji asortymentu: ceny jednostkowej netto za 1 sztukę, wartości netto całości zobowiązania, stawki podatku VAT%, wartości brutto całości zobowiązania oraz rocznej wartości zamówienia, stanowiącego cenę oferty.

W proteście z dnia 22 maja 2009 r. Odwołujący zakwestionował zaoferowaną przez wykonawcę KRAKPOL cenę oferty jako rażąco niską.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu poinformował wykonawców, iż „wezwię wykonawcę KRAKPOL do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, w szczególności: koszty pracy, energii elektrycznej, środków piorących i dezynfekujących, amortyzacji maszyn i urządzeń, transportu i innych jeśli występują”.

Pismem z dnia 2 czerwca 2009 r. wykonawca KRAKPOL przedłożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę, stanowiące Załącznik nr 2 „Wykaz średnich kosztów wykonania kompleksowej usługi w I kwartale 2009 r.”, podając koszty materiałów i energii, tj. pary, środków piorących i dezynfekujących, wody, energii elektrycznej, paliwa, folii i worków, których łączny koszt skalkulował na kwotę 0,76 zł. W przedmiotowym wykazie podał także: koszty wynagrodzenia w kwocie 0,98 z, pozostałe koszty rodzajowe w kwocie 0,07 zł, usługi obce w kwocie 0,42 zł i amortyzację w kwocie 0,22 zł, wskazując iż „razem koszty 1 kg wynoszą 2,45 zł”. Nadto podkreślił, iż w oparciu o załączony do SIWZ jakościowy i ilościowy wykaz asortymentu ustalił poprzez „przeważenie asortymentu ilość kilogramów bielizny jaka zostanie oddana do prania w trakcie kontraktu (ok. 166.416,00 kg)” i skalkulował cenę za świadczenie usługi na poziomie 2,71 za 1 kg, podnosząc iż rentowność ze sprzedaży usługi dla Zamawiającego wyniesie zgodnie z przedłożoną kalkulacją 10,6% podczas gdy rentowność usług wykonanych w I kwartale dla wszystkich jego kontrahentów wyniosła 5,7%.

Izba ustaliła, iż Zamawiający wartość przedmiotowego zamówienia oszacował na kwotę 696.000,00 zł netto (druk ZP-1).

Wykonawca KRAKPOL za realizację przedmiotu zamówienia (za okres jednego roku) zaoferował kwotę netto w wysokości 450.746,16 zł oraz kwotę brutto w wysokości 549.910,32 zł. Jednocześnie za 1 kg bielizny zaoferował cenę netto w wysokości 2,71 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż aby mówić o cenie rażąco niskiej, zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową, mimo iż w tym stanie faktycznym to właśnie cena jednostkowa jest przedmiotem sporu.

Aby móc stwierdzić, iż cena oferty jest niewiarygodna należy ją odnieść do cen rynkowych podobnych zamówień i ustalić, czy cena zaoferowana przez wykonawcę KRAKPOL jest ceną rażąco niską w stosunku do cen obowiązujących na rynku tego rodzaju usług. Ceny za 1 kg prania w roku 2008 i 2009 na rynku małopolskim - zgodnie z oświadczeniami stron złożonymi na rozprawie - kształtowały się na poziomie od 2,38 zł netto i 2,90 zł brutto; 3,04 zł brutto; 3,29 zł brutto; 2,73 zł netto i 3,33 zł brutto; 3,15 zł netto i 3,84 zł brutto. Kwota cen jednostkowych zależy od wielu czynników, a istotnym, czy wręcz decydującym czynnikiem – wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie jest koszt transportu. Jak bowiem wykazały Strony oraz Przystępujący, opierając się na konkretnych, podanych Izbie przykładach, nawet znaczna odległość siedziby Zamawiającego od miejsca pralni nie wpływa na zwiększenie kosztów prania. Wyższy koszt prania 1 kg białej bielizny u innego Zamawiającego, którego siedziba znajduje się również w Krakowie może być, zgodnie z twierdzeniami Przystępującego, efektem dodatkowych kosztów związanych, np. z najmem od Zamawiającego pomieszczeń magazynowych. Zaoferowanie przez tego samego wykonawcę różnych stawek prania 1 kg białej bielizny dla różnych Zamawiających nie może być więc argumentem przemawiającym za uznaniem, iż w danym stanie faktycznym wystąpiła rażąco niska cena. Praktycznie każdy wykonawca kalkuluje cenę dla konkretnego postępowania, biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy. Nie można więc stawiać wykonawcy tego rodzaju zarzutu.

Wykonawca KRAKPOL usługę na rzecz Zamawiającego wykonywał od początku 2009 r. Tym samym należy stwierdzić, iż miał on aktualną wiedzę na temat ilości bielizny pranej w kolejnych miesiącach 2009 r. i ich faktycznej wagi. Mógł więc, także w oparciu o aktualnie posiadane informacje, skalkulować cenę jednostkową dla poszczególnych pozycji wskazanego przez Zamawiającego asortymentu.

Natomiast sam Zamawiający – jak oświadczył na rozprawie - nie miał żadnych wątpliwości co do tego, że cena podana w ofercie wykonawcy KRAKPOL nie jest ani rażąco wygórowana, ani też rażąco niska, nie miał więc obowiązku zwrócenia się do Odwołującego o jej wyjaśnienie. To Odwołujący twierdzi, iż cena za 1 kg białej bielizny zaoferowana przez wykonawcę KRAKPOL, jest ceną rażąco niską. Skoro jest to jedynie twierdzenie Odwołującego ciężar udowodnienia, iż istotnie taka sytuacja w danym stanie faktycznym wystąpiła spoczywa właśnie na Odwołującym, a więc podmiocie, który zgodnie z art. 6 k.c. z faktu tego wywodzi skutki prawne. To Odwołujący powinien udowodnić, iż wykonawca KRAKPOL zaoferował cenę plasującą się poniżej kosztów wykonywania tego rodzaju usług, a więc cenę nieopłacalną.

W ocenie Izby Odwołujący nie tylko, że nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, iż cena zaoferowana przez wykonawcę KRAKPOL nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Nadto Izba stwierdziła, iż zaoferowana cena nie jest ceną niewiarygodną i oderwaną od cen

obowiązujących na rynku, a wręcz przeciwnie jest porównywalna z cenami aktualnie oferowanymi na rynku tego rodzaju zamówień i podniesione okoliczności nie wskazują na to, iż przedmiot zamówienia byłby wykonywany poniżej kosztów.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, dotyczący odrzucenia protestu w sposób nieuprawniony z uwagi na to, iż nie zasły przesłanki jego zastosowania nie może być przez Izbę rozpatrzony ze względu na to, że nie został poprzedzony protestem, a Izba – zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp – nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazujący na to, iż oferta wykonawcy KRAKPOL jest ofertą nieodpowiadającą SIWZ był już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Zamawiającego w sprawie innego protestu wniesionego przez tego samego Odwołującego, w tym samym postępowaniu (protest z dnia 22 maja 2009 r.). Powyższe uniemożliwia Odwołującemu ponowne powoływanie się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia i powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej. Protestem z dnia 22 maja 2009 r., jak i obecnego - z dnia 15 czerwca 2009 r. - istotnie oprotestowano czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powołując się na te same okoliczności i argumenty. Oznacza to, że Odwołujący – tak naprawdę – ponownie oprotestował wybór najkorzystniejszej oferty z powołaniem tych samych zarzutów, wniosków i argumentów uzasadniających ich wniesienie.

W powołanym wyżej rozstrzygnięciu Zamawiający bowiem stwierdził, iż powtórzy oprotestowaną czynność, w tym - zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - wezwie wykonawcę KRAKPOL do uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków przedmiotowych, tj. wykazu certyfikatów i świadectw dopuszczenia środków i preparatów piorących i dezynfekujących. Tak więc Zamawiający, dokonując ponownego badania i oceny ofert, odniósł się do żądań Odwołującego, wskazując w jaki sposób dokona ponownej czynności. Tym samym w niniejszym stanie faktycznym wypełniona została przesłanka z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł bowiem protest, a następnie odwołanie na czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Odwołujący, kwestionując zakres rozstrzygnięcia miał prawo wnieść odwołanie, czego jednak nie uczynił.

Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego nie zaliczyła dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego, tj. protokołu przekazania nr 1/2008 z dnia 18 września 2008 r., aneksu do protokołu nr 1/2008 z dnia 18.09.2008 r., protokołu przekazania nr 4/2008 z dnia 09.12.2008 r., formularza cenowego – opis przedmiotu zamówienia (złożonego Zamawiającemu przez wykonawcę KRAKPOL), umowy na świadczenie usług pralniczych nr S/06/2008, umowy z dnia 06.05.2009 r., formularza cenowego - opis przedmiotu zamówienia (złożonego przez wykonawcę KRAKPOL), wyciągu ze strony internetowej Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II, umowy DOA SOG/2/2008 z dnia 30.07.2008 r., załącznika nr 1 do SIWZ „Oferta” złożonego przez wykonawcę KRAKPOL w Szpitalu Specjalistycznym im. dr Józefa Babińskiego oraz Zamawiającego, tj. wydruku salda na początek roku i salda końcowe (lipiec 2009) i wydruków zapisów na kontach „usługi pralnicze” i Przystępującego, tj. protokołu z ważenia z dnia 18 lutego 2009 r., wykazu średnich kosztów wykonania usługi pralniczej za I kwartał 2009 r., umowy nr 148/PN/08 z dnia 02.10.2008 r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (4 sztuki), dokumentów dotyczących Odwołującego (karty oferty, umowy 26/ZZOZ/ZP/2006, formularza ofertowego, spisu bielizny), umowy nr 19/ZP/2009, uznając złożone dokumenty za dokumenty prywatne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika ze względu na treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), zgodnie z którym koszty wynagrodzenia pełnomocnika zasądza się jedynie na podstawie rachunków i faktur przedłożonych do akt sprawy.

Izba nie zasądziła także kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego, gdyż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się jedynie uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego z wyłączeniem kosztów wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....