

Sygn. akt: KIO 2255/13

WYROK

z dnia 4 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Barbara Bettman

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 września 2013 r. przez **Janinę P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Pralnicze Janina P. z Wołomina** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszakowie**

przy udziale **wykonawcy Tom-Marg ZPCh Sp. z o.o. z Krakowa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Tom-Marg ZPCh Sp. z o.o. z Krakowa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt VI. 2 lit b) SIWZ oraz wezwanie wykonawcy Tom-Marg ZPCh Sp. z o.o. z Krakowa do uzupełnienia listy**

podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkowie** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Janinę P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Pralnicze Janina P. z Wołomina** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkowie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Janiny P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Pralnicze Janina P. z Wołomina** Operatora z tytułu uiszczzonego wpisu oraz 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 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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Świadczenie kompleksowych usług pralniczych dla potrzeb SPZZOZ w Wyszakowie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 11 czerwca 2013 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 czerwca 2013 r. pod numerem 2013/S 112-191627.

Wykonawca - Janina P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Pralnicze Janina P. z Wołomina (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 20 września 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Tom-Marg ZPCh Sp. z o.o. z Krakowa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

- 1) zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów złożonych przez TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. czym naruszył art. 26 ust.3 i art. 7 ustawy Pzp;
- 2) zaniechanie wykluczenia z postępowania TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. mimo, że wykonawca ten:
 - nie wykazał że spełnia warunki udziału w postępowaniu - czym Zamawiający naruszył art. 7 i art.24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
 - złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania - czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 7 ustawy Pzp;
- 3) zaniechanie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mimo, że zachodzi uzasadnione podejrzenie, że cena zaoferowana przez TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. jest ceną rażąco niską, a w konsekwencji Zamawiający zaniechał czynności określonych w art. 90 ustawy Pzp;
- 4) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. mimo, że:
 - wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną i dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji - czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 w związku z art. 7 ustawy Pzp,
 - złożona przez TOM-MARG ZPCH sp. z o. o oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24

ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - gdyż wykonawca ten nie wykazał że spełnia warunki, podlega wykluczeniu a oferta przez niego złożona podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenie z postępowania TOM-MARG ZPCH sp. z o. o.,
- odrzucenie oferty TOM-MARG ZPCH sp. z o.o.,
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 7 ustawy Pzp Odwołujący wskazał: Zgodnie z pkt VI. 2. b SIWZ o udzielenie przedmiotowego zamówienia „mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...)” „2. Spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt. 1-4 ustawy prawo zamówień publicznych, tj.: (...) „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia: doświadczenie w zakresie świadczenia usługi opisanej w przedmiocie zamówienia na rzecz co najmniej 2 szpitali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy- w tym okresie, potwierdzone referencjami z podaniem informacji dotyczącej wielkości realizowanego zamówienia wraz z wyszczególnieniem asortymentu oraz podaniem ilości w kg, szt. lub m². ”W rozdziale VIII SIWZ Zamawiający określił „oświadczenia i dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. W pkt 1 ppkt j tego rozdziału wykonawca zobowiązany został do załączenia „wykazu usług zgodnie z danymi z pkt VI 2B SIWZ i referencje potwierdzające świadczenie tych usług -załącznik nr. 5 do SIWZ”. W powołanym wyżej pkt VI 2B SIWZ Zamawiający wymagał podania „wielkości realizowanego zamówienia wraz z wyszczególnieniem asortymentu oraz podaniem ilości w kg, szt lub m²”. Takie też dane zawiera odpowiednia rubryka Załącznika nr 5. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (rozd. III SIWZ - Przedmiot zamówienia) zamawiający określił asortyment i przewidywane ilości prania w skali 1 miesiąca:

- | | |
|---|--------------------|
| a) - bielizna, pościel, pieluchy (płaska) | 7 200kg |
| b) - mundurki, fartuchy (fasonowa) | 2 500szt |
| c) ~ koce | 80 szt |
| d) - kocyki | 150 szt |
| e) - poduszki z pierza | 30 szt |
| f) -firany | 500 m ² |

- g) – zasłony 200 m²
h) odzież, peleryny kurtki 5 szt
i) mopy 200 szt"

W związku z powyższym wykonawca ubiegający się o wykonanie zamówienia zobowiązany był wykazać – w ocenie Odwołującego, że wykonał *zamówienia wraz z wyszczególnieniem asortymentu oraz podaniem ilości w kg, szt lub m²" potwierdzające doświadczenie w zakresie świadczenia usługi opisanej w przedmiocie zamówienia"*. W opinii Odwołującego oferent wykonawca TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. 30-732 Kraków ul. Płk. St. Dąbka 16 załączył do oferty załącznik nr 5 (str. 27 oferty) w którym nie podał danych wymaganych SIWZ a ograniczył się jedynie do określenia łącznej ilości kilogramów prania w skali miesiąca z pominięciem ilości asortymentu rozliczonego w szt. i m². Wykonawca nie wykazał zatem, że spełnia warunek określony przez Zamawiającego albowiem nie wykazał *„doświadczenia w zakresie świadczenia usługi opisanej w przedmiocie zamówienia"* (rozliczanych w szt. i m²). Mimo tego braku Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów, (czym naruszył art. 26 ust 3 Pzp) lecz dokonał wyboru oferty złożonej przez TOM-MARG czym naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 oraz ust. 4, art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust.3 Pzp Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt VII. 2 ppkt f SIWZ każdy wykonawca zobowiązany był przedstawić *„zgodę Sanepidu na pranie bielizny z oddziałów noworodkowych, dziecięcych, sal operacyjnych."* W odpowiedzi na pismo jednego z wykonawców (prawdopodobnie TOM-MARG ZPCH sp. z o.o.) Zamawiający w trybie art. 38 wyjaśnił, że *„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca przedstawi pozytywną opinią Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzającą"* między innymi, że *„może prowadzić działalność w zakresie prania i transportu bielizny z uwzględnieniem bielizny z placówek lecznictwa otwartego, bielizny ogólnie szpitalnej, operacyjnej, noworodkowej, zakaźnej i skażonej "*. W złożonej ofercie wykonawca TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. nie przedłożył takiej zgody. Zamawiający pismem z dnia 14 sierpnia 2013 wezwał w/w oferenta do uzupełnienia oferty o wyżej wymienioną zgodę Sanepidu. W odpowiedzi na wezwanie, TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. w ocenie Odwołującego nie uzupełnił brakujących dokumentów (naruszając art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zdanie drugie) lecz poinformował Zamawiającego, iż jego żądanie jest bezprawne bowiem w świetle obowiązujących przepisów Sanepidowi *„nie wolno wydawać takich zaświadczeń bądź opinii"*.

Odwołujący zauważył, że tego rodzaju dokumenty są wydawane. Potwierdza to załączona do oferty Odwołującego opinia sanitarna nr PPIS/HK6068/224/1739/13 wydana

przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Wołominie. Po wtóre Odwołujący wskazał, że zarzut podniesiony na etapie po złożeniu oferty nie wpływa na uchylenie obowiązku przedstawienia wymaganego dokumentu. Zamawiający nie może bowiem na tym etapie dokonać modyfikacji SIWZ. Po złożeniu oferty każdy wykonawca związany jest postanowieniami SIWZ. Tym samym wykonawca nie wykazał w sposób określony w SIWZ spełniania określonych w niej wymogów. W konsekwencji Zamawiający wybierając jako najkorzystniejszą ofertę TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. naruszył art. 24 ust.2 pkt 4 oraz ust. 4, art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Ponadto zgodnie z pkt VI.2.d SIWZ każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie zobowiązany był wykazać, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia" - w szczególności wykazać „że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zgodnej z przedmiotem zamówienia, na kwotę 300.000 złotych." Na potwierdzenie spełniania tego warunku Wykonawca zobowiązany został (na mocy pkt VII. 1 .i SIWZ) do przedstawienia opłaconego dokumentu potwierdzającego „że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, zgodnej z przedmiotem zamówienia na kwotę 300 000 zł". W ocenie Odwołującego z załączonej do oferty polisy nr 2 KR A547 006 na „ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej dla klienta korporacyjnego (grupa stat. POI)" wynika, że w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zgodnej z przedmiotem zamówienia wybrany wykonawca ubezpieczony jest jedynie na 200 000 zł. Z załączonej polisy -wynika bowiem że „ w zakresie opisanym w pkt 6 polisy (Klauzula nr.9) „Rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody powstałe w mieniu powierzonym, które stanowiło przedmiot obróbki, naprawy, czyszczenia lub innych usług o podobnym charakterze wykonywanych przez ubezpieczonego". Kwota odpowiedzialności PZU wynosi jedynie 200 000 zł. Zgodnie z §10 ust. 2 „Ogólnych warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla klienta korporacyjnego" odpowiedzialność PZU za szkody „powstałe w mieniu powierzonym, które stanowiło przedmiot obróbki, naprawy, czyszczenia lub innych czynności w ramach usług o podobnym charakterze wykonywanych przez ubezpieczonego" następuje wyłącznie „tylko w takim zakresie, w jakim zostało to ustalone w treści klauzuli".

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2013 r. wezwał Wykonawcę w trybie „art. 26 *usi.4* ustawy" - do wyjaśnienia „*którego rodzaju działalności dotyczą poszczególne limity*". W odpowiedzi wykonawca złożył informację, zgodnie z którą

Klauzula / stosowane do nich podlimity odpowiedzialności dotyczą dwóch pierwszych wymienionych w polisie rodzajów (...) działalności" to jest .związanych z usługami introligatorskimi" związanych do przygotowania do druku oraz czyszczeniem i konserwacją maszyn drukarskich ".

Z uwagi na to, że złożone przez TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. oświadczenie dotyczy spełnienia warunku miało ono wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązany był wykluczyć z. postępowania ww. wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2d ustawy Pzp Odwołujący zaznaczył, że w załączniku nr 3 (str. 4 oferty) znajduje się „oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia”. W załączonym oświadczeniu TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. stwierdza - „*informuję o tym, że nie należymy do grupy kapitałowej według załączonego wzoru - załącznik nr 3.1*”. W powołanym wyżej załączniku (str.5 oferty) oferent TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. stwierdza, że „*w oparciu o art. 26 ust. 2d ustawy PZP nie należę do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16-02-2007 o Ochronie Konkurencji i Konsumentów (...)*”. Odwołujący wskazuje, że przedstawione w załącznikach nr 3 i 3.1 informacje są nieprawdziwe. Spółka TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 19-03-2003 pod numerem 0000155823 jest bowiem komplementariuszem spółki ALBA-TOM-MARG ZPCH spółka z o. o. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Słupnie ul. Moniuszki 13, gmina Radzymin, powiat Wołomin, zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 17-11-2011 pod numerem 0000402134. W świetle powyższego oferent TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. z Krakowa ul. Płk. ST. Dąbka jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu prawa zamówień publicznych - co jednoznacznie wynika z art. 4 ustawy o Ochronie Konkurencji i Konsumentów. Tym samym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 2d. zdanie drugie ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp w ocenie Odwołującego zaoferowana przez TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. cena jest rażąco niska, a zaoferowanie jej w przedmiotowym postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że: „*Zamawiający w przypadku powzięcia informacji o rażąco niskiej cenie zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), (wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2012 r., KIO 2737/11).* „Cena

rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeźona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać, (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2012-04-04, KIO 601/12).

Ponadto w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych utrwalone jest stanowisko, iż punktem odniesienia do jej określenia jest w pierwszej kolejności jest wartość przedmiotu zamówienia, gdyż cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych a przecież to na podstawie takich cen szacowana jest wartość zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wezwał wykonawcy do udzielania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp - mimo tego, iż zaoficerowana cena była o około 28 % niższa niż wartość oszacowania oraz wartość innych ofert, przy wyższych kosztach transportu ponoszonych przez wykonawcę (wynikających z lokalizacji pralni w Skarżysku Kamiennej -to jest odległości około 204 km od Zamawiającego). W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 90 i art. 7 ustawy Pzp, na co wskazuje orzecznictwo KIO - np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2012-04-04, KIO 601/12, zgodnie z którym: *„Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.”* Należy podkreślić, że ceny oferowane przez TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. w innych postępowaniach wskazują, iż zaoficerowana cena (wyliczona w oparciu o stawkę 2,09 zł za kilogram) ma na celu eliminowanie z rynku innych wykonawców. Dla przykładu wybrany wykonawca zaoficerował w ZOZ w Węgrowie (odległość ok.207 km od pralni) cenę 2,57 zł za kilogram, a w ZOZ w Kielcach 2,46 zł za kilogram (odległość od pralni ok. 40 km). Powyższe dysproporcje powodują iż zaoficerowana cena jest ceną rażąco niską oraz wskazuje, że TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. zróżnicował w niniejszym postępowaniu cenę w celu wyeliminowania konkurencji, a nie ze względu na koszty ich realizacji, co uzasadnia żądanie wykluczenia go z przedmiotowego postępowania.

Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 11 września 2013 r. - wyboru najkorzystniejszej oferty: wykonawcy Tom-Marg ZPCh Sp. z o.o. z Krakowa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Tom-Marg ZPCh Sp. z o.o. z Krakowa jak

również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 20 września 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 23 września 2013 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Tom-Marg ZPCh Sp. z o.o. z Krakowa.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Świadczenie kompleksowych usług pralniczych dla potrzeb SPZZOZ w Wyszkowie”*.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia:

VI. *„Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis spełniania tych warunków”*: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

2. Spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt. 1-4 ustawy Pzp, tj.:

a) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek w tym zakresie:

- zezwolenia na prowadzenie działalności objętej zamówieniem zgodnie z obowiązującymi przepisami. Brak obowiązku posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji Wykonawca

potwierdzi własnym oświadczeniem załączonym do oferty;

- pozytywną aktualną opinię Sanepidu na wykonywanie usługi prania i przewozu bielizny szpitalnej wystawioną zgodnie z obowiązującymi przepisami. *(Pralnia musi posiadać barierę higieniczną i zgodę Sanepidu na pranie bielizny z oddziałów noworodkowych, dziecięcych i sal operacyjnych. Transport bielizny powinien odbywać się z zachowaniem bariery higienicznej, Sanepid musi zaakceptować środki transportu do przewożenia bielizny).*

b) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia:

- doświadczenie w zakresie świadczenia usługi opisanej w przedmiocie zamówienia na rzecz co najmniej 2 szpitali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy- w tym okresie, potwierdzone referencjami z podaniem informacji dotyczącej wielkości realizowanego zamówienia wraz z wyszczególnieniem asortymentu oraz podaniem ilości w kg, szt. lub m².

d) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

- w tym zakresie Wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, zgodnej z przedmiotem zamówienia, na kwotę 300.000 złotych.

VII „Oświadczenia i dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”:

1. Wymagane dokumenty potwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

h) zgodnie z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp Wykonawca wraz z ofertą składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16/02/2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej;

i) opłacona polisa a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, zgodnej z przedmiotem zamówienia, na kwotę 300.000 złotych;

j) wykaz usług zgodnie z danymi z pkt. VI.2b) SIWZ i referencje potwierdzające świadczenie tych usług - załącznik nr 5 do SIWZ;

2. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ:

f) pozytywna aktualna opinia Sanepidu na wykonywanie usługi prania i przewozu bielizny szpitalnej wystawiona zgodnie z obowiązującymi przepisami. *{Pralnia musi posiadać barierę higieniczną i zgodę Sanepidu na pranie bielizny z oddziałów noworodkowych, dziecięcych i sal operacyjnych. Transport bielizny powinien odbywać się z zachowaniem bariery higienicznej, Sanepid musi zaakceptować środki transportu do przewożenia bielizny).*

Zamawiający w toku postępowania udzielał m. in. następujących odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania:

Pytanie 3: Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o potwierdzenie, iż Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca przedstawi aktualną pozytywną opinię Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzającą, że pralnia podlega stałemu nadzorowi zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 4 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 2012, poz. 1263, z 2012 r. poz. 460 i 892 oraz z 2013 r. poz. 2), posiada barierę higieniczną, środki transportu bielizny, stosuje procedury zapobiegające szerzeniu się zakażeniom i chorobom zakaźnym u ludzi, spełnia warunki sanitarno-higieniczne i może prowadzić działalność w zakresie prania i transportu bielizny z uwzględnieniem bielizny z placówek leczenia otwartego, bielizny ogólnie szpitalnej, operacyjnej, noworodkowej, zakaźnej i skażonej i może prowadzić działalność w zakresie prania i transportu bielizny z uwzględnieniem bielizny z placówek leczenia otwartego, bielizny ogólnie szpitalnej, operacyjnej, noworodkowej, zakaźnej i skażonej.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

W niniejszym postępowaniu oferty zostały złożone przez następujących wykonawców:

1. Janinę P. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Pralnicze Janina P. z Wołomina z ceną 1.136.667,60 zł brutto;
2. TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o. z Krakowa z ceną 852.963,43 zł brutto.

Wykonawca TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o. z Krakowa do swojej oferty załączył m. in.:

- 1) Opinię sanitarną wydaną przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Skarżysku-Kamiennej z dnia 29 lipca 2011 r. stwierdzającą, że pomieszczenia spełniają wymagania higieniczno-sanitarne dla tego typu przedsięwzięć i w związku z powyższym nie wnosi się sprzeciwu do ich użytkowania;
- 2) Zaświadczenie z dnia 24 sierpnia 2012 r. Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Skarżysku-Kamiennej, który zaświadcza m. in., że wskazana w zaświadczeniu pralnia spełnia wymagania higieniczno-sanitarne stawiane w aktualnie obowiązujących przepisach.

W dniu 14 sierpnia 2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o. z Krakowa w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia i złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie opinii i zaświadczenia sanepidu.

W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca w dniu 19 sierpnia 2013 r. udzielił Zamawiającemu odpowiedzi następującej treści:

W ocenie wykonawcy Spółka złożyła w dokumentacji ofertowej wszystkie wymagane przez zamawiającego i możliwe do uzyskania dokumenty. Jednym z dokumentów, których wymagał zamawiający w SIWZ w rozdziale VII pkt.2 f) była pozytywna aktualna opinia Państwowej Inspekcji Sanitarnej na wykonywanie usługi prania. Zamawiający podkreślił, iż winna być ona „wystawiona zgodnie z obowiązującymi przepisami.” Taką opinię PPIS wraz z zaświadczeniem wydanym przez PPIS wykonawca – w jego ocenie - załączył do oferty. Nadto podniósł, że żaden przepis polskiego prawa nie zobowiązuje Państwową Inspekcję Sanitarną do wydawania opinii lub zaświadczeń o treści wymaganej przez Zamawiającego. Wykonawca twierdził, że dostarczył Zamawiającemu wszystkie wymagane przez niego dokumenty, wydane zgodnie z obowiązującym prawem zaś żądanie przez Zamawiającego dokumentów nie mających uwarunkowania w prawie uznać należy za zwyczajną omyłkę pisarską.

Po uzyskanych wyjaśnieniach Zamawiający pismem z dnia 27 sierpnia 2013 r. wystąpił do Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Skarżysku-Kamiennej z prośbą o potwierdzenie czy opinia wydana jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie oraz czy przedstawiona w załączeniu opinia mieści się w zakresie wymagań SP ZZOZ w Wyszku zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający pismem z dnia 2 września 2013 r. uzyskał odpowiedź, że wskazana w opinii pralnia spełnia wymagania higieniczno-sanitarne stawiane w aktualnie obowiązujących przepisach. Pralnia ta posiada infrastrukturę, sprzęt i urządzenia umożliwiające pranie bielizny i pościeli szpitalnej w pełnym zakresie. Skuteczność prania i sterylizacji potwierdzają badania laboratoryjne wykonywane w tutejszej Stacji Sanitarно-Epidemiologicznej.

W dniu 11 września 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o. z Krakowa.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Odwołujący cofnął zarzut nr 2 w całości dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego i w konsekwencji naruszenia art. 7, 24 ust. 2 pkt 4, 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższy zarzut dotyczył gwarancji ubezpieczeniowej oraz w konsekwencji Odwołujący cofnął również zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp tj. dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut Odwołującego dotyczący zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów złożonych przez TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. czym Zamawiający naruszył art. 26 ust.3 i art. 7 ustawy Pzp, w zaistniałym stanie faktycznym należy uznać za zasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła pogląd wyrażony w wyroku z dnia 19 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1672/10. Zamawiający określając opis sposób oceny spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia zawarł wymóg wykazania doświadczenia w zakresie świadczenia usług opisanych w przedmiocie zamówienia na rzecz co najmniej 2 szpitali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Wykaz miał zawierać odpowiednie informacje, tj. - m.in. informacje określające wielkość realizowanych zamówień. Należało wyszczególnić asortyment zgodnie z przedmiotem zamówienia przedstawionym w punkcie III.1 SIWZ (Rozdz. III pkt 1 SIWZ) oraz podać ilości kg dla asortymentu tam określonego w kilogramach i odpowiednio ilości szt. lub m² dla pozostałych. Z powyższych postanowień SIWZ wynika, że kluczowym dla Zamawiającego dla ustalenia wykazania świadczenia usług pralniczych, było przekazanie danych o asortymencie zgodnie z przedmiotem zamówienia przedstawionym w punkcie III.1 SIWZ (Rozdz. III pkt 1 SIWZ) oraz danych o wielkości realizowanych zamówień, tj. ilości w kg, szt. lub m² w zależności od asortymentu określonego w punkcie III.1 SIWZ (Rozdz. III pkt 1 SIWZ). Zatem Zamawiający – wobec wskazania przez Przystępującego jedynie ogólnych informacji w tym zakresie - nie dysponował informacjami, które miały być podstawą weryfikacji wielkości realizowanych zamówień, tj. szt. lub m² w zależności od asortymentu określonego w punkcie III.1 SIWZ (Rozdz. III pkt 1 SIWZ) (t.j. np. firany, zasłony, mopy), mimo że nałożył taki wymóg wykazania świadczenia usług pralniczych, m.in., jak w punkcie III.1 SIWZ (Rozdz. III pkt 1 SIWZ). Izba dodatkowo podnosi, że wyraźne odesłanie w rozdziale VI „*Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis spełniania tych warunków*” do „*usługi opisanej w przedmiocie zamówienia*” wskazuje, że niewystarczającym było złożenie wykazu z ogólnym podaniem wartości, ilości i asortymentu, a wielkości realizowanych zamówień podane w szt. lub m² nie miały charakteru pomocniczego.

W konsekwencji Przystępujący wobec braku prawidłowo złożonego wykazu w ofercie w przedmiotowym zakresie, nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu wynikający z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego, należy zgodzić się z Odwołującym że Zamawiający powyższych wątpliwości nie wyjaśnił i nie wezwał Przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, do czego zobowiązywała go dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu

wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt VI. 2 lit b) SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego konieczności złożenia opinii sanepidu o treści wymaganej specyfikacją, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie wykazał spełniania określonych w SIWZ wymogów, t.j. nie złożył zgody Sanepidu na pranie bielizny z oddziałów noworodkowych, dziecięcych, sal operacyjnych. W konsekwencji Zamawiający wybierając jako najkorzystniejszą ofertę TOM-MARG ZPCH sp. z o.o. naruszył art. 24 ust.2 pkt 4 oraz ust. 4, art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby z treści załączonych do oferty dokumentów - Opinii sanitarnej wydanej przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Skarżysku-Kamiennej z dnia 29 lipca 2011 r. stwierdzającej, że pomieszczenia spełniają wymagania higieniczno-sanitarne dla tego typu przedsięwzięć i w związku z powyższym nie wnosi się sprzeciwu do ich użytkowania; oraz z Zaświadczenia z dnia 24 sierpnia 2012 r. Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Skarżysku-Kamiennej, który zaświadczył m. in., że wskazana w zaświadczeniu pralnia spełnia wymagania higieniczno-sanitarne stawiane w aktualnie obowiązujących przepisach – jak również z wyjaśnień wykonawcy z dnia 19 sierpnia 2013 r. jak też z zaświadczenia z dnia 2 września 2013 r. (odpowiedzi sanepidu) wynika, że złożone dokumenty w zakresie postawionych przez Zamawiającego wymagań potwierdziły prawidłowość złożonej przez Przystępującego opinii sanepidu dołączonej do oferty, a Zamawiający nie miał podstaw – wobec przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego – do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp wobec przedstawionej argumentacji należy uznać również za niezasadny. W ocenie Izby nie zaistniały – w opisanym stanie faktycznym – podstawy do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wzięła pod rozwagę argumentację, że w przeciwieństwie do Odwołującego stosuje on inne technologie i owszem na początku swojej działalności Przystępujący świadczył usługi za stawkę średnio 3 zł za kg. Później jednak stawka ta ulegała obniżeniu. Jednocześnie Przystępujący powołał się na świadczenie usług w innych placówkach wskazując oferowane tam stawki: dla Szpitala Banacha – 1,68 zł, dla Szpitala Bródnowskiego – 2,09 zł, dla Szpitala Praskiego – 2,19 zł, dla Szpitala Dziecięcego – 1,89 zł. Różnice w cenach wskazanych przez Przystępującego wynikają z różnic w

ilościach przerabianego tonażu pościeli. Zatem w przypadku województwa mazowieckiego cena kształtuje się w granicach 1,90-2,20 zł. Przystępujący wskazał również na logistykę transportu i fakt, że świadczy usługi na rzecz innych szpitali. Biorąc pod uwagę koszt transportu w przypadku np. Szpitala Bródnowskiego oraz Szpitala Praskiego – na rzecz którego świadczy usługi - to koszt przyjazdu wykonawcy (wbrew temu co twierdzi Odwołujący powołujący się wykaz jednostek na rzecz, których Przystępujący świadczył usługi pralnicze) -- jest kosztem pomiędzy Szpitalem Bródnowskim, a Wyszkowem, gdzie ma siedzibę Zamawiający. Zatem to ten koszt jest kosztem transportu dla Zamawiającego.

Dodatkowo nie wykazano również przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że złożenie oferty przez Przystępującego kwalifikuje się w niniejszym stanie faktycznym jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem Przystępujący zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Przystępującego. Nie zostało zatem wykazane, że Przystępujący działał z zamiarem eliminacji Odwołującego z rynku.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2d oraz art. 7 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten w zaistniałym stanie faktycznym należy uznać za zasadny.

Stosownie do art. 26 ust. 2d ustawy Pzp wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Zamawiający wskazał w pkt VII.1 lit. h SIWZ na konieczność złożenia ww. listy wraz z ofertą.

Jak ustalono Przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie, iż nie jest członkiem grupy kapitałowej. Na rozprawie przyznał, że do grupy kapitałowej należy, jednak złożenie oświadczenia o treści wskazanej w jego ofercie wynikało z błędnego odczytania postanowień SIWZ. W konsekwencji Przystępujący przyznał, że złożył wraz z ofertą błędne oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej.

Ponadto wskazał, że poza Przystępującym żaden z podmiotów należących do jego grupy kapitałowej nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Izby powyższe nie obligowało Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Zamawiający - dostrzegając rozbieżności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy o nieprzynależności do

grupy kapitałowej a dokumentami rejestrowymi wykonawcy, załączonymi do jego oferty - powinien wezwać Przystępującego do uzupełnienia niniejszej listy.

Jak wynika zaś z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do którego wprost odsyła powołany wcześniej art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, konsekwencją niezłożenia przez wykonawcę listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, jest konieczność wezwania do ich uzupełnienia. Zamawiający, pomimo iż nie złożono mu listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, nie wezwał Przystępującego do jej uzupełnienia. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp polegający na niezastosowaniu tego przepisu, pomimo iż ziszczyły się przesłanki w nim określone.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji wobec złożenia oświadczenia o nieprzynależności do grupy kapitałowej Izba oceniając treść odwołania stwierdziła, iż sformułowany przez Odwołującego ww. zarzut został przedstawiony dopiero w trakcie postępowania odwoławczego na rozprawie, a zatem nie może być przedmiotem rozpoznania w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Izba rozpoznała jedynie zarzut naruszenia art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, gdyż wyłącznie w tym zakresie - Odwołujący w odwołaniu z dnia 20 września 2013 r. – postawił niniejszy zarzut. Na powyższe wskazuje kwalifikacja prawna podniesiona w odwołaniu (art. 26 ust. 2d ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp) oraz uzasadnienie faktyczne podniesionego zarzutu, w którym to Odwołujący nie odnosi się do przesłanek wykluczenia wykonawcy wynikających z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10). Należy pamiętać, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, biorąc pod uwagę, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został przez Odwołującego cofnięty na posiedzeniu. Ponadto jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 2d ustawy może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak na wstępie.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....