

Sygn. akt: KIO 2778/13

WYROK
z dnia 16 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, „Izan+” Sp. z o.o. w Krakowie oraz Naprzód Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym,

przy udziale LS Med. Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, „Izan+” Sp. z o.o. w Krakowie oraz Naprzód Sp. z o.o. w Krakowie 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 udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, „Izan+” Sp. z o.o. w Krakowie oraz Naprzód Sp. z o.o. w Krakowie, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, „Izan+” Sp. z o.o. w Krakowie oraz Naprzód Sp. z o.o. w Krakowie na rzecz Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym, kwotę 3 600 zł 00 gr

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „kompleksowe utrzymanie porządku i czystości w budynkach SZPZOZ im. Dzieci Warszawy przy ul. Marii Konopnickiej 65 w Dziekanowie Leśnym oraz w budynku Mazowieckiego Centrum „ALA” Alergologii-Laryngologii-Audiologii w Warszawie przy ul. Siennej 60 wraz z przejściem pracowników Zamawiającego”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 13 września 2013 r. w Dz. Urz. UE Nr 2013/S 178 – 307413.

W dniu 22.11.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze oferty LS Med. Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „LS Med”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 02.12.2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, „Izan+” Sp. z o.o. w Krakowie oraz Naprzód Sp. z o.o. w Krakowie (dalej „Konsorcjum Naprzód”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem:

1. Nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
2. Zaniechania odrzucenia oferty LS Med pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.
3. Zaniechania odrzucenia oferty LS Med, pomimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ.

4. Uznanie oferty wykonawcy L.S. Med za zmienioną przez wykonawcę pomimo upływu terminu składania ofert - w trybie składania wyjaśnień do treści oferty.
5. Zaniechanie odrzucenia oferty LS Med, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
6. Zaniechanie wykluczenia LS Med. z postępowania i w następstwie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, względnie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty L.S. Med Sp. z o.o., w sytuacji gdy wykonawca ten złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ.
2. art. 84 ust. 1 Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie oferty L.S. Med Sp. z o.o. za zmienioną.
3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez nieuprawnione umożliwienie wykonawcy zmianę oferty w tym trybie.
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty L.S. Med Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.
5. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do L.S. Med. Sp. z o.o. o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - w sytuacji gdy ewidentnie zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska.
6. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty L.S. Med Sp. z o.o., w sytuacji gdy złożenie oferty tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
7. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.
8. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty L.S. Med. Sp. z o.o.

9. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia L.S. Med Sp. z o.o. z postępowania, w sytuacji gdy wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.
10. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania L.S. Med. Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy ze złożonych przez tego wykonawcę dokumentów wprost wynika, że wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku.

Odwołujący wniósł o

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Wykluczenia L.S. Med Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, względnie wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.
3. Odrzucenia oferty L.S. Med Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.
4. Odrzucenia oferty L.S. Med Sp. z o.o. z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, względnie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
5. Ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

1. Zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy LS Med. Sp. z o.o. ul. Łużycka 8 lok. 6, 03- 683 Warszawa, z treścią SIWZ

Zamawiający w Rozdziale VIII pkt. 4 ppkt a oraz ppkt b w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, żądał złożenia wraz z ofertą następujących dokumentów: a) wykaz środków, których Wykonawca ma zamiar użyć w celu świadczenia przedmiotowej usługi - należy podać nazwę środka i jego producenta. Preparaty przeznaczone do dezynfekcji

powierzchni oraz dezynfekcji i mycia rąk stosowane w ramach świadczonej usługi sprzątnia muszą być zgodne z zestawieniem zawartym w tabeli nr 1 „Wykazu środków dezynfekcyjnych, myjących i czystościowych”, zaproponowane środki myjące i czystościowe (tabela nr 2) powinny spełniać wymagania opisane w pozostałej części wykazu (załącznik nr 9 do SIWZ); b) materiały producenta, foldery, opisy, ulotki informacyjne, wyciągi z katalogów itp. dotyczące stosowanych środków myjących i czystościowych. Zamawiający w załączniku nr 9 do SIWZ - „Wykaz środków dezynfekcyjnych, myjących i czystościowych”, tabela nr 1, pkt. 8 wymagał od Wykonawcy preparatu Meliseptol o spektrum działania (B,F,V) oraz Tbc - do 3 minut. Ponadto w odpowiedziach na pytania z dnia 15.10.2013 roku pytanie nr 7, pkt. f Zamawiający, na pytanie odnośnie preparatu Meliseptol Rapid o treści: „Prosimy o potwierdzenie, że dla preparatu Meliseptol Rapid w zakresie działania wirusobójczego zgodnie z ulotką informacyjną preparatu Zamawiający wymaga działania na V(HCV, HIV, HBV, Rota, Adeno Vaccinia) w czasie max do 1 minuty, na wirus Polio w czasie 10 minut? Skład preparatu zawiera propanol oraz chlorek dwudecylodwumetyloamoniowy, w związku z tym prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza w/w preparat? jednoznacznie potwierdził, iż wymaga od Wykonawcy zapewnienia preparatu Meliseptol Foam Pure: „Zamawiający, wymaga preparatu Meliseptol Foam Pure i działania wirusobójczego, zgodnie z ulotką informacyjną preparatu.” Wykonawca L.S. Med Sp. z o.o. w załączonym do oferty Wykazie środków dezynfekcyjnych, myjących i czystościowych - załączniki nr 9 do SIWZ, tabela Nr 1, poz. 8 (strona 26 oferty) zaproponował preparat niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. W dniu 08.11.2013 roku Zamawiający wezwał w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wykonawcę L.S. Med. Sp. z o.o. do wyjaśnień - jaki środek będzie stosować ten wykonawca do wykonywania przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach z dnia 13.11.2013 roku wykonawca wskazał - niezgodnie z treścią swojej oferty - iż będzie stosować preparat Metiseptol Foam Pure. Powyższe wyjaśnienie nie mogło doprowadzić do zmiany treści oferty tego wykonawcy - zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp oraz 87 ust. 1 Pzp. Treść oferty wykonawcy L.S. Med. Sp. z o.o. pozostała niezmieniona. Wykonawca zaoferował preparat niezgodny z wyraźnym żądaniem Zamawiającego.

2. Zarzut niespełnienia przez wykonawcę L.S. Med Sp. z o.o. ul. Łużycka 8 lok. 6, 03-683 Warszawa, warunku udziału w postępowaniu:

W rozdziale VII pkt 2 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia w następujący sposób: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał lub wykonuje usługi sprzątania pomieszczeń w szpitalu, nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy o wartości co najmniej 400.000,00 zł.

Wykonawca L.S. Med Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia powyższego warunku. Załączone dokumenty - wykaz usług wraz z referencjami - nie potwierdzają wykonania usług sprzątania w szpitalu przez minimum 12 miesięcy oraz ich należytego wykonania. Po pierwsze (oświadczenie nr 1) podmiot udostępniający potencjał świadczy usługę w przychodni przez okres od dnia 1 czerwca 2013 roku. Po drugie (oświadczenie nr 2) podmiot udostępniający potencjał świadczył kilka usług w szpitalu Otwocku, przy czym żadna z tych usług, na które się powołuje nie trwała 12 miesięcy. Pierwsza usługa świadczona była wbrew przepisom Pzp na podstawie umowy zawartej w niekonkurencyjnym trybie zapytania o cenę na okres 4 miesięcy. Inne usługi świadczone były wbrew przepisom Pzp na podstawie umów zawieranych w trybie niekonkurencyjnym z wolnej ręki. Dyrektor zamawiającego został usunięty ze swojego stanowiska. Nadto usługi zostały wykonane nienależycie. Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy L.S. Med Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, pomimo że ewidentnie spełnienie tego warunku nie zostało przez wykonawcę wykazane.

3. Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy L.S. Med Sp. z o.o. w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji:

Zamawiający w rozdziale XXII paragraf 2 pkt 18 i 19 SIWZ zawarł zobowiązanie wykonawcy do przejścia na podstawie art. 23 (1) k.p. 47 pracowników ze wszystkimi prawami i obowiązkami wynikającymi z ich umów o pracę oraz do zatrudnienia tych pracowników na niezmienionych warunkach przez co najmniej 12 miesięcy (gwarancje pracownicze). Zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ same koszty

zatrudnienia pracowników (bez m.in. nagród jubileuszowych również wskazanych w tabeli) wynosi 100.733,67 złotych miesięcznie. Cena miesięczna zaoferowana przez wykonawcę L.S. Med Sp. z o.o. (94.500,00 złotych miesięcznie netto) nie pokrywa zatem nawet kosztów wynagrodzeń pracowników (bez nagród jubileuszowych), nie mówiąc o kosztach środków, sprzętu, materiałów itp. oraz pozostałych kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia. Wykonawca zaoferował zatem cenę poniżej kosztów wytworzenia usługi - cenę rażąco niską, za którą nie będzie w stanie wykonać zamówienia. Zamawiający zaniechał obowiązku wyjaśnienia zaoferowanej przez wykonawcy ceny - pomimo, iż cena ta ewidentnie nie pokrywa wszystkich kosztów wykonania usługi. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi Zamawiający winien odrzucić ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wykonawca L.S. Med. Sp. z o.o. zaoferował Zamawiającemu wykonanie usługi poniżej kosztów ich wytworzenia. Już sam koszt wynagrodzenia pracowników niezbędnych do wykonania usługi przekracza wartość wynagrodzenia zaoferowaną przez tego wykonawcę.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli

ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Oceny powyższego nie zmieniają żadne hipotetyczne okoliczności wynikające jedynie z deklaracji i zapewnień zamawiającego, że nie zamierza zwiększać kwoty, którą podał na otwarciu ofert i w przypadku, gdy dojdzie do odrzucenia oferty wybranej, unieważni postępowanie.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izba wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania – według kolejności ich prezentacji w uzasadnieniu odwołania – Izba stwierdziła, co następuje.

1. Zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy LS Med. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zarzut oddalono.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Ponadto zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Według poz. 8 tabeli załącznika nr 9 do SIWZ zamawiający wymagał zaoferowania do wykonania zamówienia preparatu oznaczonego jako Meliseptol, z wskazanymi tam właściwościami i parametrami.

Zamawiający nie wymagał przedstawiania w ofercie żadnych dokumentów przedmiotowych dotyczących oferowanych środków dezynfekcyjnych, ale jedynie podania wykazu takich środków (wymaganie z rozdz. VIII pkt 4 lit. a SIWZ) – zgodnych z ww. zał. nr 9 do SIWZ. Postanowienia zawarte w rozdziale VIII pkt 4 lit. b SIWZ dotyczące dokumentów przedmiotowych odnosiły się jedynie do środków myjących i czystościowych, a nie dezynfekcyjnych. Meliseptol jest środkiem przeznaczonym do dezynfekcji.

LS. Med. w swojej ofercie zaoferowała preparat dezynfekcyjny Meliseptol – powtarzając w tym zakresie dokładny opis z zał. nr 9 do SIWZ, tj. nie doprecyzowując w treści zał. nr 9 przeniesionego do treści oferty, jaki rodzaj Meliseptol jest oferowany.

W dniu 8 listopada br. zamawiający wezwał LS Med. do wyjaśnienia jaki dokładnie preparat w poz. 8 zał. nr 9 został zaoferowany. W dniu 13 listopada 2013 r. LS Med. wyjaśniła, iż jest to Meliseptol Foam Pure.

Tym samym w ramach wyjaśnień treści oferty doszło jedynie do doprecyzowania treści oferty – wskazania jaki rodzaj Meliseptolu jest oferowany (pianka). Do zmiany treści oferty nie doszło – Meliseptol Foam Pure to ciągle Meliseptol. Nie zamieniono bynajmniej w treści oferty „Meliseptol Rapid” na „Meliseptol Foam Pure”.

Oceny powyższego nie zmienia okoliczność, iż przy ofercie załączono zbędne dokumenty przedmiotowe dotyczące preparatu Meliseptol Rapid. Dokumenty te nie przesądzały wcale, że taki preparat jest w tym przypadku oferowany. Oznaczenie i opis oferowanego preparatu (zgodny z SIWZ) podano w treści samej oferty, tj. w treści zał. nr 9 na str. 26 oferty LS Med., a nie w dokumentach załączanych do oferty. Oferta wybrana pozostaje i pozostawała więc w tym zakresie zgodna z SIWZ i nie dokonywano żadnej modyfikacji jej treści.

2. Zarzut niespełnienia przez L.S. Med warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Według rozdz. VII pkt 2 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o jego zamówienie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał lub wykonuje usługi sprzątania pomieszczeń w szpitalu, nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy o wartości co najmniej 400.000,00 zł.

Do oferty LS Med. załączono „Wykaz głównych usług”, gdzie w poz. 2 wskazano wykonanie usług porządkowo-czystościowych na rzecz Powiatowego Centrum Zdrowia Sp. z o.o. w Otwocku o wartości 2 358 286,99 zł w okresie od 01.09.2011 r. do 15.09.2012 r. (str. 9 oferty). Ponadto przedstawiono referencję (str. 11 oferty) potwierdzającą należyte wykonanie ww. usług.

Wyżej wymienione zamówienie jest wystarczające do wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VII pkt 2 SIWZ – dotyczy usług sprzątania pomieszczeń w szpitalu, nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy, o wartości co najmniej 400.000,00 zł. Ponadto powyższe usługi, jak wynika ze wskazanej referencji, były wykonywane należycie, a przynajmniej żadnych okoliczności podważających powyższe odwołujący nie wykazał. Przy czym to na odwołującym ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał.

Interpretację odwołującego wyprowadzającą z treści SIWZ wymóg wykonania, co najmniej dwóch zamówień (umów), opisanego w SIWZ typu, a opartą w tym zakresie jedynie o użycie pojęcia „usługi” w liczbie mnogiej, uznano za nieuprawnioną. Pojęcie usług odnosi się do zakresu rzeczowego lub rodzaju wykonywanych czynności, a nie ilości stosunków zobowiązaniowych, w ramach których czynności tego typu (usługi) są wykonywane.

LS Med. zgodnie z treścią SIWZ wykazała spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a odwołujący nie udowodnił jakichkolwiek swoich twierdzeń w stosunku do zamówienia z pozycji nr 2 z wykazu usług załączonego do oferty wybranej.

3. Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy L.S. Med Sp. z o.o. w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzuty sformułowane w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy 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.

Ponadto wskazać należy, iż według art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ustawa nie definiuje pojęcia zarzutu, użytego w ww. przepisie. Niemniej jednak, w świetle całokształtu regulacji ustawowej, zwłaszcza w powiązaniu z instytucją uwzględniania odwołania przez zamawiającego, przyjąć należy, że zarzutu nie tworzy samo wskazanie naruszonych przepisów prawa, ale przede wszystkim wskazanie okoliczności faktycznych, na których zarzut polega i na których się zasadza. Np. w przypadku zarzutu niezgodności treści oferty z SIWZ lub zarzutu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, będzie to odpowiednio wskazanie na czym zarzucana niezgodność treści oferty z SIWZ polega (co konkretnie w ofercie jest niezgodne z SIWZ, tj. z jakimi jej wymaganiami, a także dlaczego) lub z jakich względów i w jakim zakresie wykazywane doświadczenie, potencjał, zasoby... etc. nie odpowiadają wymaganom SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Także w przypadku zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny, dla prawidłowego sformułowania zarzutu nadającego się do rozpoznania przez Izbę, nie wystarczy samo ogólne wskazanie, że cena danej oferty jest rażąco niska albowiem odbiega od wartości przedmiotu zamówienia albo nie obejmuje (nie pokrywa) całości kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. W ramach tego typu zarzutu należy podać konkretne okoliczności określające i opisujące zaniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek trudno generalnie i z góry rozgraniczyć, co w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny, jest okolicznością dany zarzut statuującą, a co jedynie argumentem lub dowodem na poparcie tego zarzutu –

ocenę tego typu należy przeprowadzić w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy, szczególnie treści odwołania – to z całą stanowczością należy przeciwstawić się przyjmowaniu do orzekania zarzutów nazbyt ogólnych i lakonicznych, które nie odwołują się do konkretnych okoliczności faktycznych, i których z tego względu zamawiający sensownie ocenić i uwzględnić nie mógł.

W treści przedmiotowego odwołania, w odniesieniu do rażąco niskiej ceny, sformułowano właściwie tylko jeden zarzut spełniający powyższe postulaty. Mianowicie zarzut podniesiony w odwołaniu przybrał postać wskazania, iż oferta wybrana zawiera rażąco niską cenę ponieważ same koszty wynagrodzenia personelu narzucane przez zamawiającego w związku z obowiązkiem przejęcia pracowników, przewyższają cenę zaoferowaną przez LS Med. Jedynie tego typu koszt wykonania zamówienia odwołujący w treści odwołania się konkretnie wskazywał oraz uznawał, iż podniesienie tego typu okoliczności jest wystarczające, „nie mówiąc” przy tym o innych kosztach wykonania zamówienia.

Również w ramach zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, w treści odwołania podniesiono jedynie, że wykonawca zaoferował cenę poniżej kosztów wytworzenia usługi – cenę rażąco niską, za którą nie będzie w stanie wykonać zamówienia – opisując przy tym tylko koszty narzucone przez zamawiającego w związku z przejęciem pracowników. W treści odwołania poza przytoczeniem adekwatnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym zakresie podano jedynie, że *„Wykonawca L.S. Med. Sp. z o.o. zaoferował Zamawiającemu wykonanie usługi poniżej kosztów ich wytworzenia. Już sam koszt wynagrodzenia pracowników niezbędnych do wykonania usługi przekracza wartość wynagrodzenia zaoferowaną przez tego wykonawcę.”*

W takim też zakresie rozpoznano zarzuty sformułowane w odwołaniu. Natomiast wszelkie braki i niedoszacowania w cenie oferty wybranej podniesione dopiero na rozprawie, uznano w tym przypadku za rozszerzenie zarzutów odwołania, które na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp pozostawiono bez rozpoznania.

Odnosząc się do samej materialnej treści rozpoznanych zarzutów, Izba stwierdziła, iż wbrew twierdzeniom odwołania, cena zaoferowana przez LS Med. z naddatkiem pokrywa koszty wynagrodzeń pracowników narzucone przez zamawiającego, wyliczone przez odwołującego na kwotę 100 733,67 złotych miesięcznie.

Powyższa kwota jest rzeczywistym kosztem (jednym z kosztów) wykonywania usług jedynie w okresie pierwszych 12 miesięcy realizacji zamówienia. W tym przypadku, zgodnie z par. 5 ust. 1 rozdziału XXII SIWZ umowa zostanie zawarta na okres 24 miesięcy. Natomiast obowiązek zatrudnienia pracowników zamawiającego, na warunkach nie gorszych niż obecnie, wynikający z par. 2 ust. 18 i 19 rozdziału XXII SIWZ dotyczy okresu 12 miesięcy. Tym samym zarzut odwołania należałoby uznać za zasadny jedynie w przypadku, gdyby przedmiotowe zamówienie wykonywane było w okresie 12 miesięcy i wskazany koszt zatrudnienia pracowników wyczerpywał całość ceny za jego wykonanie.

Tym czasem LS Med. zaoferowała wykonanie całości zamówienia za kwotę 2 397 009,60 zł. Koszt zatrudnienia pracowników w okresie pierwszych 12 miesięcy realizacji zamówienia wynosi 1 208 804,04 zł (okoliczność bezsporna pomiędzy stronami). Tym samym cena oferty o kwotę 1 188 205,56 zł. przekracza koszty podane przez odwołującego. Przy czym brak podstaw aby koszty wynagrodzenia personelu w drugim roku obowiązywania umowy przyjmować na takich samym poziomie, jak w roku pierwszym.

W związku z zakresem rozpatrywanych zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Izba nie uwzględniała żadnych dowodów przedkładanych przez strony, zmierzających do wykazywania innych kosztów wykonania zamówienia niż koszty zatrudnienia personelu narzucane przez zamawiającego (wskazane w odwołaniu). Na marginesie Izba wskazuje, iż było to właściwie zestawienia i wyliczenia odwołującego i przystępującego, gdzie przyjmowane wartości i ceny stanowiły właściwie oświadczenia uczestników postępowania, a nie obiektywne dowody na okoliczności wskazywane.

Ponadto Izba stwierdziła, że cena oferty wybranej odpowiadała szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego (1 968 959,81 zł netto) oraz mieściła się w kwocie, którą zamawiający podał na otwarciu ofert (2 421 820,56 zł brutto). Co w zestawieniu z lakonicznością i niezasadnością okoliczności wskazujących na zaniżenie ceny podanych w odwołaniu, nie uzasadniało wszczęcia procedury wyjaśnienia ceny ofertowej przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp.

Przy czym Izba wskazuje, iż oceniając powyższe nie wzięła pod uwagę dowodu wnioskowanego przez zamawiającego – wyciągu z audytu technicznego przeprowadzonego przez BE-JOT J..... F..... Zamawiający przy pomocy

tego dowodu usiłował wykazywać koszty zlecenia usług sprzątnięcia podmiotom zewnętrznym i twierdził, że tego typu koszty w rzeczonym audycie ustalono. Tymczasem jak wynika z treści fragmentów raportu z audytu, który przedłożono Izbie, zawarte tam dane odnoszą się do kosztów ponoszonych na utrzymanie czystości dokonywane przez zamawiającego we własnym zakresie w roku 2012.

W związku z przedstawionymi wyżej okolicznościami, uznano, że zarzucane w treści odwołania rażąco obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub zaoferowanie wykonania usług za cenę niższą niż koszty ich wykonania, w postaci podniesionej w odwołaniu nie miały miejsca.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 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).