

Sygn. akt: KIO 1442 /13

WYROK
z dnia 2 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez Odwołującego - **Polmed Spółka Akcyjna os. Kopernika 21 83-200 Starogard Gdański**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21 00-919 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy – **Centrum Medyczne ENEL – MED. S.A. ul. Słomińskiego 19/lok. 524 00-195 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Polmed Spółka Akcyjna os. Kopernika 21 83-200 Starogard Gdański** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Polmed Spółka Akcyjna os. Kopernika 21 83-200 Starogard Gdański**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie dialogu konkurencyjnego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług zdrowotnych dla Narodowego Banku Polskiego”. Zdaniem Odwołującego - Polmed Spółka Akcyjna z siedzibą w Starogardzie Gdańskim w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający - Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4) i pkt 3 ustawy Pzp niezasadnie odrzucając ofertę Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny oraz bezpodstawnie uznając, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, nakazanie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz nakazanie dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania podał, że ma interes w złożeniu przedmiotowego odwołania, albowiem podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zatem w przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, tj. dokonał badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza i wykonawca uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Wykonawca powołał się na art. 179 ust.1 ustawy Pzp podnosząc, że zgodnie z aktualnym brzmieniem tego przepisu, środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, (...) jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dalej wykonawca podał, że (...) W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego. Gdyby oferta Odwołującego podlegała ocenie z racji przyjętego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w postępowaniu, zostałyby uznana za najkorzystniejszą. Podnoszone przez

Odwołującego naruszenia wskazują wprost na uszczerbek w jego interesie prawnym, z uwagi na pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia. Zatem w przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, dokonałby wyboru oferty najkorzystniejszej, a oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i wykonawca uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkody] w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków”. W konkluzji wykonawca podniósł, że szkoda, jakiej może doznać Odwołujący będzie wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 4 ustawy wskazanych w odwołaniu. Zdaniem Odwołującego (...) odwołanie winno zostać uwzględnione w całości, a czynność odrzucenia oferty, jak również wyboru oferty najkorzystniejszej dokonana przez Zamawiającego, winna zostać unieważniona. Zamawiający winien dokonać ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.” Uzasadniając zarzut naruszenia ustawy Pzp wykonawca wskazał, (...) że Zamawiający, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 powiadomił go dnia 7 czerwca 2013 r., iż jego oferta została odrzucona, ponieważ oferowana cena została uznana przez Zamawiającego, jako rażąco niska, a tym samym jej złożenie w ocenie Zamawiającego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Zdaniem Odwołującego (...) oba zarzuty w stosunku do jego oferty nie są słuszne, a tym samym nie uzasadniają odrzucenia przedmiotowej oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż porównując oferowaną przez niego cenę za świadczenie usług medycznych z szacowaną wartością zamówienia, w szczególności w zakresie „Pakietu pracowniczego”, przedmiotowa cena jest, w ocenie Zamawiającego, rażąco niska”. Wskazując na ceny z oferty wykonawcy LUX - MED Sp. z o.o. oraz ENEL-MED. S.A. wykonawca stwierdził, że zarzut ten nie jest zasadny, albowiem porównanie ofert (...) w sposób ewidentny i niebudzący wątpliwości wskazuje, iż ceny są do siebie zbliżone (dodatkowo w zakresie medycyny pracy cena Odwołującego jest wyższa o blisko 30% od najniższej ceny – Enel - Med. SA). Zupełnie bezzasadnym jest, więc formułowanie zarzutu rażąco niskiej ceny w przedstawionej powyżej sytuacji (w tym pakiecie)”. Wskazał także, że jak już wyjaśniał (...) Odwołujący w piśmie do Zamawiającego, zaoferowana w ofercie

łączna cena stanowiąca wynagrodzenie brutto za świadczenie usług w ramach Pakietu Pracowniczego - 50, 90 PLN za jedną osobę uprawnioną, w tym kwota za zapewnienie usług w zakresie medycyny pracy 40, 00 PLN, pakietu medycznego (poza medycyną pracy) - 10, 90 zł, została ustalona w sposób prawidłowy i nie powinna być traktowana, jako „rażąco niska” w świetle przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych”. Dalej podał, że (...) na ustaleniu wysokości zaoferowanego wynagrodzenia znaczący wpływ miały niskie koszty własne Wykonawcy, m.in. personalne pracowników Wykonawcy - zarówno lekarzy specjalistów, jak również lekarzy pierwszego kontaktu oraz pozostałych osób z kadry wspomagających ich pracę, jak również pracowników administracji. Odwołujący podkreśla jednak, iż wysokość wynagrodzenia pracowników w żaden sposób nie rzutuje na rzetelność, fachowość oraz jakość świadczonych usług medycznych”. Odwołujący wskazał również, że (...) w związku z przeprowadzoną optymalizacją systemu zarządzania oraz nowatorskich rozwiązań w zakresie administracji - usprawnieniem zarówno obiegu dokumentów jak i informacji, efektywnym podziałem pracy pomiędzy pracowników, znacznie zmniejszyły się potrzeby kadrowe, a co za tym idzie również i koszty personalne. Ponadto w związku z tym, iż większość usług świadczona będzie bezpośrednio w Centrali Narodowego Banku Polskiego - u Zamawiającego, znacząco zmniejszą się koszty utylizacji na, zewnątrz, co również Odwołujący wziął pod uwagę ustalając ostateczną wartość oferowanej ceny”. Dalej Odwołujący podkreślił, że (...) w zakresie przypadającego mu zysku z tytułu świadczonych usług w ramach Pakietu Pracowniczego brał pod uwagę zysk całościowy, tj. osiągnięty także z tytułu świadczenia usług z pozostałych Pakietów. W związku z tym zysk w ramach Pakietu Pracowniczego został określony w sposób minimalny - ale jest założony, co również znacząco wpłynęło na obniżenie ostatecznej ceny za w/w świadczone usługi; marża założona na inne ceny częściowe pozwoliła ponadto wyrównać zmniejszoną marżę na cenie częściowej zakwestionowanej przez Zamawiającego”. Wykonawca zwrócił również uwagę, że (...) pakiet pracowniczy jest traktowany przez Wykonawcę, jako pakiet, w którym jest realizowana m.in. medycyny pracy; stąd punktem odniesienia do obliczenia rentowności pakietu pracowniczego nie jest przychód w wysokości 10, 90 zł, lecz łączny przychód 50.90 zł. Wypada zauważyć, iż przychód 10,90 zł nie może zaistnieć samodzielnie (nie można mieć pakietu medycznego bez medycyny pracy) a tym samym nie może stanowić ekonomicznej przesłanki do wyliczania rentowności, jak również wartość składowa

ceny za usługę nie ma znaczenia w rankingu ofert. Stąd Zamawiający winien oceniać cenę łączną za świadczenie w ramach tzw. Pakietu Pracowniczego, tj. kwotę 50, 90 zł pod kątem ewentualnej rażąco niskiej ceny; podział na 40, 00 i 10, 90 jest podziałem czysto księgowym wskazującym, jaki przychód jest przypisany medycynie pracy (koszt pracodawcy) w łącznym przychodzie 50, 90 zł. Zamawiający nie oczekiwał od Wykonawcy wyceny pakietu medycyny pracy i pakietu poza medycyną pracy, ale oczekiwał wyceny i zaproponowania wysokości świadczenia w ramach Pakietu Pracowniczego, czyli jednej ceny, w której wykonawca wskazał zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego udział kwotowy medycyny pracy (40, 00) oraz pozostałych świadczeń.(10,90). Stąd w ocenie Wykonawcy, wyłącznie łączna cena za świadczenie, a nieprzyjęty przez Wykonawcę jej podział, winien być brany pod uwagę przy ocenie w zakresie ewentualnej rażąco niskiej ceny. W/w czynniki, które wpłynęły na wysokość oferty, w tym jej składnika w postaci ceny za świadczenie usług medycznych, mają charakter obiektywny zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy i powinny być wzięte pod uwagę przy ocenie przez Zamawiającego”. Ponadto wykonawca wyjaśnił, że fakt zaproponowania przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu ceny wyższej za przedmiotowe usługi wynika: po pierwsze z faktu, iż zaproponowanie przez pozostałych wykonawców wyższej ceny, mogą być skutkiem przyjęcia zwiększonej marży za wykonanie przedmiotu zamówienia niż marża założona przez Wykonawcę, a po drugie zaś, z chęci osiągnięcia przez nich większego zysku, za co konsekwencji nie powinien ponosić Wykonawca. Zdaniem Odwołującego, w jego wyjaśnieniach wskazano na obiektywne czynniki, dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany, co pozwoliło mu ukształtować cenę, na poziomie niższym niż konkurencja przy jednoczesnym zoptymalizowaniu zysku. Ewentualne różnice w wysokości zaoferowanej ceny w złożonej ofercie i w ofertach innych wykonawców mogą wynikać z założonego przez tych wykonawców większego zysku. Dalej wykonawca podał, że

(...) cena zaproponowana w jego ofercie pozwala na osiągnięcie zysku, utrzymanie rentowności firmy i nie naraża jej na straty ani na realizowanie zadania poniżej kosztów. Powołał się również na stanowisko doktryny, jak i orzecznictwa KIO, podnosząc, że (...) Zamawiający zarzucając Odwołującemu rażąco niską cenę zawartą w ofercie, odniósł się jedynie do jednego z elementów ceny, mianowicie do kosztu pozostałych usług medycznych świadczonych w Pakiecie pracowniczym”, który to w żaden sposób nie rzutował na cenę całościową”. Jego zdaniem, „Jeżeli

ocena lub oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. to żądanie wyjaśnień także powinno się odnosić do całego przedmiotu zamówienia". Dalej podał, że „Pojęcie rażąco niskiej ceny musi odnosić się do całości przedmiotu zamówienia. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny w stosunku do pewnej części oferty nie musi czynić ceny całej oferty rażąco niską" oraz, że (...) mimo rażącego zniżenia poszczególnych pozycji, wykonawca rażąco zawyży wycenę innych pozycji i cena za całość zamówienia będzie cena umożliwiającą realne i należyte wykonanie zamówienia. Tym samym fakt, że zniżenie kilku pozycji prowadzi do zaoferowania ceny rażąco niskiej musi zostać jednoznacznie wykazany". Jego zdaniem, (...) Zamawiający zarówno w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 27 maja 2013 r. jak i w uzasadnieniu odrzucenia oferty odnosi się jedynie do jednego ze składników ceny całościowej i to w stosunku do tego składnika wywodzi zarzut rażąco niskiej ceny, co w świetle przytoczonych wyżej orzeczeń nie może skutkować uznaniem ostatecznej ceny, jako rażąco niskiej. Zróznicowanie elementów składowych ceny ofertowej, (która w ocenie Zamawiającego nie była rażąco niska, lecz rynkowa), poprzez odrębną ocenę z perspektywy jej wartości, usług tzw. medycyny pracy oraz pozostałych usług medycznych, w tym konkretnym postępowaniu nie znajduje żadnego uzasadnienia zarówno faktycznego, jak i prawnego. Pomijając nawet powyższe rozważania, na podkreślenie zasługuje fakt, iż w końcowej ocenie ofert - kryterium ceny, podlegają ceny dotyczące poszczególnych pakietów, bez wyodrębniania i porównywania poszczególnych ich elementów w zakresie każdego z pakietów. Podkreśleniu zasługuje też fakt, iż cena Odwołującego za Medycynę Pracy w ramach „Pakietu pracowniczego" nie była ceną najniższą". W konkluzji Odwołujący stwierdził, że (...) zarzut rażąco niskiej ceny oferty jest bezzasadny, nie broni się również drugi zarzut, który Zamawiający wskazał, jako podstawę do odrzuceni oferty Odwołującego, mianowicie, iż złożenie oferty z rażąco niską ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji". Odwołujący wskazał, że (...) nawet w przypadku uznania, że istnieją podstawy do zakwalifikowania ceny, jako rażąco niskiej, (z czym nie zgadza się Odwołujący), nie przesądza to jednoznacznie o uznaniu złożenia oferty, jako czynu nieuczciwej konkurencji". Powołał się w tym przypadku także na orzecznictwo KIO, podkreślając, że „Aby możliwe było odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, niezbędne jest podanie, na czym

polega określone działanie wykonawcy, udowodnienie tego działania oraz zakwalifikowanie go, jako konkretnego deliktu ujętego w art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 5 - 17d ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” W ocenie Odwołującego Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, a tym bardziej nie udowodnił, na czym polegało działanie, które miałyby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji oraz nie dokonał jego kwalifikacji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Enel - Med Sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację oraz kalkulację, która jego zdaniem nie pozwala na ustalenie kosztu „za usługi poza medycyną pracy” w pakiecie pracowniczym w oferowanej kwocie 10, 90 zł. W szczególności podał, że zaniżenie kwoty za usługi poza medycyną pracy stanowi sztuczne obniżenie kwot wliczanych pracownikom do podstawy opodatkowania – tylko na potrzeby tego postępowania. Dalej podał, że realizacja wszystkich wskazanych usług wymaganych w ramach świadczeń poza medycyną pracy nie jest możliwa w ramach kwoty 10, 90 zł i przedstawił wyliczenie tej kwoty z uwzględnieniem kwoty najniższego możliwego miesięcznego kosztu wynagrodzenia lekarzy, oraz kosztów badań laboratoryjnych stwierdził, że tylko przy uwzględnieniu tych dwóch pozycji koszt wynosi 13,32 zł. W konkluzji stwierdził, że uwzględniając dodatkowo inne pozycje – np. średni koszt zabiegów oraz świadczeń rehabilitacyjnych, średnie wynagrodzenie w ramach Pakietu Pracowniczego ukształtuje się na poziomie 20,32 zł. Stwierdził również, że także argumentacja związana z wykonywaniem usługi bezpośrednio w przychodni w Centrali NBP oraz „rekompensowanie z zysku” w Pakiecie Pracowniczym z zysku uzyskanego na innych pakietach nie zasługuje na uwzględnienie, a sposób kalkulacji stanowi zagrożenie dla należytej realizacji tej usługi, gdyż realizując usługę poniżej kosztów jej „wytworzenia” nie można zapewnić jej należytej jakości.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł również o oddalenie odwołania, wskazując przede wszystkim Zamawiający przede wszystkim wskazał, że Odwołujący złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego w związku z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy Odwołujący wadliwie i w sposób sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego skalkulował cenę ofertową za Pakiet Pracowniczy. Dalej podał, że

(...) Zgodnie z treścią rozdziału XII pkt 1 oraz zał. 7 i 8 do SIWZ, jak również pkt 5 każdy z wykonawców był zobowiązany przedstawić ceny w odniesieniu do każdego z pakietów oddzielnie. W przypadku Pakietu Pracowniczego wymóg ten zaostrożono poprzez wymaganie wyodrębnienia ceny za świadczenia medycyny pracy. Z tego punktu widzenia niezwykle doniosłe jest postanowienie pkt 5 tegoż Rozdziału, zgodnie z którym: Wynagrodzenie za każdy element świadczenia usług zdrowotnych w ramach pakietu: Pracowniczego, Rodzinnego, Partnerskiego i Emeryta /rencisty obejmować musi wszystkie koszty Wykonawcy konieczne do poniesienia, aby usługa została zapewniona i wykonana zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, z uwzględnieniem postanowień ust. 4, zgodnie z obowiązującymi przepisami i zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie standardami i normami (należyta staranność). Oznacza to, iż każda pozycja formularza cenowego stanowi de facto samodzielną cenę, która musi pokrywać wszystkie koszty realizacji danej usługi. Tym samym niedopuszczalnym działaniem Odwołującego było skalkulowanie tych cen przy założeniu, iż ewentualne niedoszacowanie ceny będzie kompensowane w ramach innych usług, albo też zostało skalkulowane łącznie z kosztem medycyny pracy. Takie działanie było niedozwolone postanowieniami siwz. Zgodnie z informacją zawartą w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 uPzp, Odwołujący wskazał, że cena za Pakiet Pracowniczy została ustalona przez niego całościowo, bez uwzględniania kosztów poszczególnych elementów tej ceny, a podział kwot na 40 zł i 10,90 zł jest podziałem czysto księgowym wskazującym, jaki przychód jest przypisany medycynie pracy (koszt pracodawcy) w łącznym przychodzie 50,90 zł". W błędnej ocenie Odwołującego wyrażonej w ww. odpowiedzi, Zamawiający nie oczekiwał wyceny pakietu medycyny pracy i świadczeń pozostałych. Stanowisko Odwołującego i przyjęcie przez niego takich założeń w zakresie skalkulowania ceny oferty jest sprzeczne z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności z pkt. 1 Rozdziału XII „Opis sposobu obliczenia ceny (...)”. Zgodnie z treścią Rozdziału XII pkt 1 Wykonawca jest zobowiązany skalkulować cenę oferty dla potrzeb porównania i oceny ofert zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, w tym w formularzu ofertowym i w formularzu cenowym, których wzory stanowią załączniki nr 7 i 8 do SIWZ. W formularzach Zamawiający rozróżnił składniki cenotwórcze Pakietu, odrębnie traktując cenę za medycynę pracy i cenę za pozostałe świadczenia medyczne. Tym samym wskazał na sposób skalkulowania ceny, który powinien być odrębny dla obu rodzajów

świadczeń, a wzmocnił to postanowienie treścią cytowanego powyżej pkt 5. Określenie obowiązku przedstawienia cen odrębnie dla poszczególnych elementów cenotwórczych wynikało m.in. z konieczności przestrzegania przez Zamawiającego powszechnie obowiązujących przepisów, które inaczej traktują świadczenia medycyny pracy (obowiązek pracodawcy), a inaczej inne świadczenia medyczne opłacane pracownikom przez pracodawcę (kwota, którą pracodawca przeznacza na sfinansowanie tych świadczeń stanowi przychód pracownika, podlegający opodatkowaniu podatkiem dochodowym). Dlatego Zamawiający oczekiwał odrębnej wyceny (skalkulowania) świadczeń medycyny pracy i świadczeń poza medycyną pracy, a suma tak skalkulowanych kwot stanowiła wyłącznie podstawę oceny oferty w jednym z kryteriów. Ceny składające się na usługi medycyny pracy oraz inne świadczenia medyczne nie mogły, zatem być cenami pozornymi. Powinny one oddzielnie obejmować koszt wszelkich świadczeń, jakie wykonawca poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Działania wykonawcy nie mogą również prowadzić do sytuacji niepewności w zakresie wysokości obowiązku podatkowego pracowników z tytułu ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2012 r. poz. 361 ze zm.). Zgodnie z odpowiedzią Odwołującego w przypadku wybrania jego oferty, jako najkorzystniejszej, Zamawiający nie byłby w stanie określić wielkości kwoty podatku należnego z tytułu tzw. pozostałych usług. W najbardziej rygorystycznej sytuacji, w świetle przekazanych informacji dotyczących sposobu kalkulowania cen, organa podatkowe byłyby uprawnione do ustalenia wielkości tego podatku w odniesieniu do łącznych cen medycyny pracy i pozostałych usług, co wynika z treści art. 11 i 12 wyżej przywołanej ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Podanie realnych cen medycyny pracy i pozostałych usług na obecnym etapie postępowania prowadziłyby do zmiany treści oferty, czemu sprzeciwiają się przepisy uPzp. Ponadto sprzeczność obliczenia ceny z wymaganiami SIWZ potwierdza również informacja zawarta w odpowiedzi Odwołującego, iż ewentualne niedobory kosztowe w zakresie pozostałych usług będą przenoszone z innych pakietów, w szczególności Pakietów Partnerskiego, czy Emeryta/rencisty (str. 2 akapit 3. Odpowiedzi z dnia 31 maja 2013 r.). Taki sposób kalkulacji ceny jest niezgodny z treścią siwz nie tylko w zakresie wskazanym, powyżej, ale również stoi w sprzeczności z postanowieniami Rozdziału XII pkt 9 i 10 siwz. Zgodnie z treścią tych punktów, jak również pkt 8, wynagrodzenie wykonawcy będzie pochodziło z trzech źródeł - za Pakiet Pracowniczy - Zamawiający, za pakiet

Rodzinny i Partnerski - pracownicy NBP, za Pakiet Emeryta/rencisty - emeryci/renciści. Tym samym zamiar kompensowania wynagrodzenia w ramach różnych pakietów z punktu widzenia postanowień siwz i de facto zasad współżycia społecznego należy uznać za niedopuszczalny". Zamawiający stwierdził również, że (...) Kolejną przesłanką odrzucenia oferty Odwołującego było nieudzielenie wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Zamawiający zażądał od Odwołującego złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie ceny za Pakiet Pracowniczy oraz jego elementy składowe. Żądanie w głównej mierze dotyczyło ceny za świadczenie pozostałych usług zdrowotnych dla pracowników NBP. Wezwanie wynikło z przyjęcia przez Odwołującego następujących stawek jednostkowych w pakiecie pracowniczym: 40,00 zł/mies./os. za świadczenie medycyny pracy i 10,90 zł/mies./os. za świadczenie pozostałych usług zdrowotnych dla pracowników NBP. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny Pakietu Pracowniczego, i wskazania, w jaki sposób Odwołujący zamierza „zapewnić świadczenie usługi zdrowotnej w zakresie Pakietu Pracowniczego obejmującego m.in. nielimitowany dostęp do 20 lekarzy specjalistów, zabiegi ambulatoryjne, badania laboratoryjne, w tym markery nowotworowe, badania diagnostyczne, nielimitowane wizyty domowe, zabiegi leczniczo-rehabilitacyjne, prowadzenie ciąży, profilaktykę stomatologiczną, chirurgię jednego dnia, szczepienia przeciwko grypie za kwotę 10,90 zł miesięcznie za każdego pracownika." Zamawiający zażądał też wyjaśnienia sposobu skalkulowania tej kwoty. Zamawiający wskazał Odwołującemu zakres wezwania oraz jego powody. Nie ulega wątpliwości, iż zrozumiał on treść tego wezwania. W odpowiedzi Odwołujący nie udzielił wyjaśnień, co do elementów cenotwórczych składających się na wycenę Pakietu Pracowniczego, w szczególności, co do części poza zakresem medycyny pracy. Informacje przedstawione przez Wykonawcę nie pozwalały przyjąć, że w zaoferowanej stawce 10,90 zł. uwzględnił on wszystkie koszty związane z realizacją wszystkich świadczeń z zakresu usług zdrowotnych dla pracowników, przewidzianych Pakietem Pracowniczym poza usługami medycyny pracy. Za niedopuszczalną uznał Zamawiający odpowiedź, w zakresie rażąco niskiej ceny, w odniesieniu do argumentów Odwołującego związanych z łączną kalkulacją ceny całego Pakietu Pracowniczego, jak również zamiaru świadczenia większości usług w przychodni zlokalizowanej w Centrali NBP". Zamawiający stwierdził również, że "Wykonawca nie zakwestionował, w drodze wniesienia odwołania, czynności

wezwania go w trybie art. 90 ust. 1 do złożenia wyjaśnień, to winien był dochować należytej staranności w ich złożeniu”. Dalej podał, że (...) Zamawiający przeanalizował zatem problem, czy w złożonej odpowiedzi Odwołujący obalił podejrzenie (domniemanie powstałe w wyniku wystosowania wezwania) zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego - nie. Odpowiedź złożona przez Odwołującego obejmuje przede wszystkim ogólnikowy wywód na temat doświadczenia, niskich kosztów własnych Odwołującego, niskich kosztów zatrudnienia personelu, nowatorskich rozwiązań w zakresie administracji, oraz wskazuje, iż Odwołujący (niezgodnie z treścią SIWZ) zamierza zlokalizować w siedzibie NBP pełnozakresową placówkę medyczną - cytując: „większość usług będzie świadczona bezpośrednio w Centrali NBP”. Ponadto w odpowiedzi tej - zamiast przedstawienia sposobu kalkulacji ceny własnej oferty - zamieszczone zostały spekulacje na temat założeń cenowych przyjętych w ofertach innych wykonawców”. Podsumowując tę część odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący utracił interes w uzyskaniu zamówienia bowiem, wobec zaniechania podniesienia zarzutów odnośnie odrzucenia jego oferty z powodów: -

- niezgodności oferty z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 uPzp) oraz, -niezłożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 uPzp), i tym samym odrzucenie to stało się skuteczne”. Dalej wskazał, że (...) Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W tym stanie faktycznym uwzględnienie odwołania nie może wpłynąć na zmianę wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż oferta Odwołującego jest i pozostanie ofertą odrzuconą w związku z zaniechaniem podniesienia zarzutów i złożenia odwołania względem całej czynności odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Uzupelnienie zarzutów po upływie terminu na składanie odwołań jest niedopuszczalne w świetle treści art. 192 ust. 7 uPzp, który wyznacza zakres rozpoznania zarzutów przez Izbę. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w ' odwołaniu. W niniejszej sprawie Odwołujący nie postawił zarzutów w w/w zakresie, co przesądza, iż w tym zakresie mamy do czynienia z nieskutecznością drogi odwoławczej, a tym samym poprzez brak podniesienia zarzutów, de facto Odwołujący przyznał rację Zamawiającemu i zgodził się z jego rozstrzygnięciem. W świetle powyższego nie jest też możliwe spełnienie żądań Odwołującego, tj. unieważnienie czynności odrzucenia oferty

Odwołującego, nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej”. W odniesieniu do zarzutów z odwołania Zamawiający stwierdził, że podnoszenie na etapie odwołania kwestii związanych z niezasadnością wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest spóźnione, gdyż dotyczy ono de facto zasadności lub jej braku, wystosowania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 uPzp. Po pierwsze samo wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 uPzp jest działaniem odrębnym w stosunku do każdego z wykonawców, a więc wnioskowanie o bezprawności działania zamawiającego na podstawie niewezwania innego wykonawcy jest dość ryzykowne, w szczególności w kontekście treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, która z kolei podyktowana była charakterem samego przedmiotu zamówienia. Wskazał również, że (...) W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający uzasadnił swoje stanowisko. Punktem wyjścia dla tego uzasadnienia istotnie jest wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny za świadczenia w ramach pakietu pracowniczego, poza zakresem świadczeń medycyny pracy. Punktem wyjścia jest rozpiętość usług jakie są przewidziane do realizacji przez wykonawcę w ramach tych świadczeń. Ich zakres obejmuje punkty od 3 do 12 załącznika nr 1 do siwz, w szczególności konsultacje internistyczne, specjalistyczne (20 specjalności), zabiegi ambulatoryjne, zabiegi chirurgiczne, okulistyczne, otolaryngologiczne, urologiczne, alergologiczne, badania laboratoryjne, wizyty domowe, rehabilitacja, prowadzenie ciąży, chirurgie jednego dnia. Odwołujący zaoferował realizację tych usług za kwotę 10,90 zł./mies./os. Ponieważ Odwołujący nie dochował staranności przy formułowaniu wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wystosowane w trybie art. 90 ust. 1 wezwanie i nie wykazał, iż powyższa kwota faktycznie pokrywa koszty świadczenia usług -potwierdził przypuszczenie Zamawiającego co do charakteru zaoferowanej ceny”. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca (...) nie uwzględnił faktu, że tylko niewielka część usług będzie mogła być świadczona w Centrali NBP. Z danych posiadanych przez NBP wynika, iż nawet przy maksymalnym wykorzystaniu gabinetów w Centrali NBP, świadczonych może być tu ok. 20% max.30% sumarycznej liczby usług. Usługi realizowane w siedzibie Zamawiającego pokrywają ok. 70% zapotrzebowania na usługi internistyczne, ok 30% usług z zakresu ginekologii i okulistyki oraz 0% w pozostałym zakresie. Tym samym większość świadczeń poza interną musi być realizowana w placówkach własnych Odwołującego oraz w placówkach partnerskich. Wskazać należy, iż w

ramach umowy wykonawca będzie zobowiązany do wykonywania badań specjalistycznych: mammografu, rezonansu magnetycznego, rtg kostnego, tomografii komputerowej czy USG, jak również wykonywania badań w laboratorium analitycznym". A zatem powtarzanie przez Odwołującego twierdzenia, iż „większość usług świadczona będzie bezpośrednio w Centrali Narodowego Banku Polskiego" świadczy o tym, że wykonawca (...) przyjął błędne założenia do kalkulacji ceny oraz nie przyjął do wiadomości zapisów SIWZ, określających ograniczony zakres świadczenia usług medycznych w przychodni przyzakładowej w Centrali NBP, oraz informacji na ten temat zawartej w uzasadnieniu odrzucenia oferty i zamierza limitować dostępność pracowników do usług medycznych, kierując ich w pierwszej kolejności do przychodni w Centrali NBP, ograniczając tym samym możliwość wyboru lekarza przez pacjenta i wyboru miejsca korzystania z usługi". W ocenie Zamawiającego doszło po stronie Odwołującego do manipulacji przy konstruowaniu cen za poszczególne pakiety i ceny jednostkowe, która doprowadziła do sytuacji, w której Odwołujący podstawową część zamówienia będzie świadczył poniżej jakichkolwiek rynkowych kosztów. Sam z resztą przyznaje, że „zysk może być osiągnięty z innych Pakietów" wobec czego wskazuje, iż jego podstawowy zysk za tzw. pozostałe usługi został skalkulowany w innych świadczeniach. Wykonawca nie ma jednocześnie, zgodnie z odpowiednimi postanowieniami SIWZ, żadnej gwarancji co do liczby osób, które przystąpią do pozostałych pakietów, w których zgodnie z jego deklaracją ujęte są faktyczne koszty jego pracy i należne mu wynagrodzenie. Tym samym trudno jest mówić, iż w przypadku ceny za tzw. usługi pozostałe Pakietu Pracowniczego, ustalone przez Wykonawcę, mamy do czynienia z rzetelną wyceną umożliwiającą realizację zamówienia, jak również że cena zaproponowana nie ma charakteru rażąco niskiej. Odnośnie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji podał, że opisał w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej na czym polegał czyn nieuczciwej konkurencji dokonany przez Odwołującego. W szczególności stwierdził, że (...) Było to świadome wprowadzenie w błąd poprzez podanie cen poszczególnych usług ustalonych niezgodnie z praktykami rynkowymi, w oderwaniu od pracochłonności, rzeczywistych kosztów, jedynie w celu uzyskania najwyższej liczby punktów, które to działanie eliminuje konkurentów sporządzających oferty w sposób należyty, w oparciu o faktyczne koszty realizacji zgodnie z modelem należytego postępowania w tego rodzaju stosunkach".

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak przesłanek materialno-prawnych, wymaganych [łącznie] przepisem art. 179 ust.1 ustawy Pzp, w przypadku korzystania z tego środka ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp łączne wykazanie interesu oraz szkody umożliwia wykonawcy skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianej ustawą Pzp, w tym przypadku z odwołania. Nie wykazanie przez wykonawcę interesu, bądź i/lub szkody w rozumieniu tego przepisu powoduje oddalenie odwołania w całości bez merytorycznego rozpoznawania zarzutów w nim podnoszonych. Analogiczne uregulowanie – tak jak w przepisie art. 179 ust.1 ustawy Pzp - wynika także z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG, a posiadanie takiej legitymacji czynnej podlega badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą również z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji prowadzi w konsekwencji – jak wskazano powyżej do oddalenia odwołania.

Tak jak podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, co potwierdza zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty [pismo z dnia 7 czerwca br], oferta wykonawcy POLMED S.A., ze Starogardu Gdańskiego została odrzucona nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ale także na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. W zawiadomieniu o wyborze oferty, w części informującej o odrzuceniu oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie, Zamawiający podał okoliczności i postanowienia specyfikacji z powodu których uznał, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji. Przede wszystkim stwierdził, że (...) Stanowisko Wykonawcy i przyjęcie przez niego takich założeń w zakresie skalkulowania ceny oferty jest sprzeczne z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności z pkt. 1 rozdziału XII „Opis sposobu obliczenia ceny (...)”. Zdaniem Zamawiającego, zgodnie ze wskazanym postanowieniem wykonawca był (...) zobowiązany skalkulować cenę oferty dla potrzeb porównania i oceny ofert zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, w tym w formularzu ofertowym i w

formularzu cenowym, których wzory stanowią załączniki nr 7 i 8 do SIWZ (...), w których to formularzach (...) Zamawiający rozróżnił składniki cenotwórcze Pakietu, odrębnie traktując cenę za medycynę pracy i cenę za pozostałe świadczenia medyczne. Tym samym wskazał na sposób skalkulowania ceny, który powinien być odrębny dla obu rodzajów świadczeń. Wynika to z konieczności przestrzegania przez Zamawiającego powszechnie obowiązujących przepisów, które inaczej traktują świadczenia medycyny pracy (obowiązek pracodawcy), a inaczej inne świadczenia medyczne opłacane pracownikom przez pracodawcę (kwota, którą pracodawca przeznaczona na sfinansowanie tych świadczeń stanowi przychód pracownika, podlegający opodatkowaniu podatkiem dochodowym). Dlatego Zamawiający oczekiwał odrębnej wyceny (skalkulowania) świadczeń medycyny pracy i świadczeń poza medycyną pracy, a suma tak skalkulowanych kwot stanowi wyłącznie podstawę oceny oferty w jednym z kryteriów". W konkluzji tego pisma Zamawiający stwierdził, że (...) łączne kalkulowanie ceny oferty w zakresie świadczeń medycyny pracy i pozostałych świadczeń zdrowotnych na rzecz pracowników NBP stoi w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ (Rozdział XII pkt 1 oraz zał. 7 i 8 do SIWZ), wynikającymi z konieczności dochowania przez tego Zamawiającego obowiązków wynikających z ustaw". Tak jak ustaliła Izba, wykonawca w odwołaniu podniósł wyłącznie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i pkt 3 ustawy Pzp, stwierdzając, że brak było podstaw do odrzucenia jego oferty z powodu, rażąco niskiej ceny, o której stanowi pkt 4 art. 89 ust.1 ustawy Pzp oraz, że brak było również podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie pkt 3 tego przepisu. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że odwołanie przysługuje od każdej czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanej czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z kolei przepis ust. 3 wskazanego artykułu wymaga, aby odwołanie określało czynności lub zaniechanie czynności przez zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, a ponadto odwołanie musi zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tak jak Izba stwierdziła odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, która to okoliczność stanowi o samodzielnej podstawie odrzucenia oferty. Nie kwestionując czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący nie może powoływać się na interes we wniesieniu

odwołania i domagać się unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, albowiem rozstrzygnięcie w odniesieniu do jego oferty w zakresie przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp – wobec upływu terminu na wniesienie odwołania – stało się skuteczne. Nie jest także możliwe wykazanie szkody przez tego wykonawcę, albowiem – wobec odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - nie może on dowieść, że posiada obiektywną potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości otrzymania zamówienia [lub ubiegania się o udzielenie zamówienia],. Izba zauważa dodatkowo, że w odwołaniu nie jest również kwestionowana czynność Zamawiającego podjęta na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp, a związana z oceną wyjaśnień wykonawcy żądanych na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, skutkiem, czego w stosunku do oferty wykonawcy zastosowana została przesłanka z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. W konkluzji Izba stwierdza, że wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek, odwołanie podlega oddaleniu. Tym samym zarzuty dotyczące art. 89 ust.1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....