

Łódź 13 grudnia 2023 roku

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A,
02-676 Warszawa

Odwołujący: PPHU A`TU Service s.c.

Aleksandra Woyton-Kochenek, Jacek Kochanek
95-020 Andrespol, ul. Uroczą 1
NIP 728-253-87-82
telefon 609 447 696
email: atuservice@interia.pl
reprezentowani przez radcę prawnego Michała Araszkiewicza
Kancelaria Radcy Prawnego Michał Araszkiewicz
ul. Sterlinga 27/29, lok. 306, 90-212 Łódź
tel. 501-057-497
email: araszkiewicz@list.pl

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej

Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi
92-213 Łódź, ul. Pomorska 251
NIP: 728-22-46-128, REGON: 472147559
tel. (42) 675 74 89, skrzynka ePUAP: /cskumedlodz/SkrytkaESP
e-mail: zam.publ@csk.umed.pl
strona www <https://platformazakupowa.pl/transakcja/830933>

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego: *Świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi*

Nr ogłoszenia: 2023/S 196-613514 z dnia 11/10/2023

Odwołanie

Działając w imieniu **Aleksandry Woyton-Kochenek i Jacka Kochanka** przedsiębiorców występujących wspólnie jako **PPHU A`TU Service s.c.** na podstawie **art. 513 pkt. 1 i 2** ustawy

z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2019) składam odwołanie wobec czynności:

1. badania i oceny ofert,
2. braku odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum Citonet-Łódź sp. z o.o i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A.,
3. wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

1. art. 18 ust. 1- 3 w związku z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych przez zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia badań mikrobiologicznych;
2. art. 119 w związku z art. 109 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie badania udostępniających zasoby w zakresie podstaw wykluczenia w prowadzonym postępowaniu i braku złożenia przez wykonawcę w zakresie udostępniających zasoby zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, iż podmioty te nie zalegają z opłacaniem podatku i opłat oraz zaświadczenia ZUS potwierdzającego, iż podmioty te nie zalegają z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz odpowiednio zaświadczeń z krajowego rejestru karnego,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 105 ust. 1, art. 106 ust. 1,3 i art. 107 ust. 2 oraz art. 16 pkt.1 i art. 7 pkt. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum Citonet-Łódź sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
4. art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum Citonet-Łódź sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A jako zawierającej rażąco niską cenę;
5. art. 239 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej.

Wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odtajnienia wyników badań mikrobiologicznych,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w sposób prawidłowy z uwzględnieniem warunków zamówienia, w tym wymagań SWZ,
4. dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum: Citonet-Łódź sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A.,

5. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, jest bowiem jednym z oferentów tego postępowania, jego oferta jest druga w liście rankingowej, a w przypadku prawidłowego przeprowadzenia postępowania jego oferta będzie w rankingu ofertą najkorzystniejszą. Skutkiem utrzymania dokonanych przez Zamawiającego zarzucanych naruszeń przepisów ustawy prawo zamówień publicznych Odwołujący poniesie szkodę w postaci braku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zysku z wykonania tego kontraktu (*lucrum cessans*) w sytuacji, gdy jego oferta została wniesiona prawidłowo, odpowiada treści SWZ i jest najkorzystniejszą zgodnie z ustanowionymi kryteriami (art. 505 §1 pzp).

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi jako Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego: *Świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano dnia 11/10/2023 za oznaczeniem 2023/S 196-613514.

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu z 11.10.2023, 2023/S 196-613514

W dniu 5 grudnia 2023 roku Zamawiający za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, przy czym jako najkorzystniejsza wskazana została oferta Konsorcjum: Citonet - Łódź sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A, dalej Konsorcjum.

Oferta Odwołującego była na drugim miejscu. Wniesienie odwołania nastąpiło w terminie z art. 515 §1 ust. 1 lit. a) ustawy.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty

Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum, mimo, iż oferta ta nie spełnia określonych przez Zamawiającego warunków zamówienia, w tym wymagań SWZ, cech określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, dodatkowo oferta zawiera rażąco niską cenę, została złożona w sposób wadliwy a jej wybór nie był poprzedzony prawidłowym badaniem i oceną, w szczególności nie wezwano Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie wezwano Konsorcjum do wyjaśnień i złożenia w zakresie braku wymaganych wobec wykonawców podmiotowych środków dowodowych od udostępniających zasoby podwykonawców. Zamawiający nie odtajnił także informacji zawartych w dokumentach

zastrzeżonych formalnie przez oferentów, co najmniej w części obiektywnie nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa a stanowiących wymagania SWZ.

Wadliwe badanie i ocena ofert skutkowało brakiem odrzucenie oferty Konsorcjum jako niezgodnej z warunkami zamówienia i jednocześnie zawierającej rażąco niską cenę, w sytuacji, **gdy złożona oferta oraz przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają wymagań zamówienia określonych przez zamawiającego przy jednoczesnym braku wymaganych od wykonawców wszystkich podmiotowych środków udostępniających zasoby i w sytuacji, gdy cena zaoferowana jest nierealistyczna i niemożliwa do utrzymania przy sposobie realizacji zamówienia przez Konsorcjum.**

Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia, Opis Przedmiotu Zamówienia, Ogłoszenie, oferta Konsorcjum, oferta Odwołującego, akta postępowania.

I. Istotnym zarówno w sprawie, jak i w przedstawieniu niektórych nieprawidłowości jest dokładne odczytanie treści SWZ, w szczególności przedmiotu zamówienia, **jego dokładnego zakresu** i postawionych tam wymagań z uwzględnieniem słusznych potrzeb Zamawiającego.

Przedmiotem zamówienia było **świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej ... zgodnie z Załącznikiem nr 2 i nr 3 do SWZ** (IV SWZ pkt. 1).

Zgodnie z treścią Rozdziału IV SWZ pkt 3: *Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określają w szczególności załączniki do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ): Formularza asortymentowo – cenowy – załącznik nr 2, Wzór umowy – załącznik nr 5 oraz załącznik nr 3 – Opis przedmiotu zamówienia* (IV SWZ pkt. 3).

OPZ, załącznik nr 3 do SWZ, zawiera doprecyzowany zakres oraz oczekiwania i wymagania Zamawiającego co do ofert wykonawców. W załączniku tym, jego str.1, zawarto dokładny zakres usługi – *Na przedmiot zamówienia składa się w szczególności – **Kompleksowa usługa prania bielizny szpitalnej** (dalej zwaną bielizną), która obejmuje między innymi: 1. Pranie dezynfekcję, sterylizację, **czyszczenie chemiczne**, suszenie, maglowania, prasowanie, , 2. Naprawę bielizny, ... 3. Segregację i pakowania, 4. Prowadzenie bieżącej selekcji bielizny ..., 5. **Transport** ...* (str.1, Rozdział I.A. OPZ).

Na str. 5 tego załącznika w Rozdziale III **Wymagania dotyczące pralni** (tabela nr 4 i 5) wskazano wprost: **Pralnia musi spełniać co najmniej wymagania podane w „Wytycznych Ministra Zdrowia w zakresie wymogów prawidłowego funkcjonowania pralni dla podmiotów świadczących usługi pralnicze na rzecz podmiotów świadczących usługi lecznicze (szpitali)” z dnia 9 listopada 2022 oraz warunki wskazane w dokumentach zamówienia.**

Zamawiający wymaga złożenia przez Wykonawcę oświadczenia do oferty, potwierdzającego poszczególnych wymogów wytycznych Ministra Zdrowia, o których mowa wyżej.

Już w tym miejscu warto zwrócić uwagę, iż Minister w treści wytycznych z dnia 9 listopada 2022 roku rozróżnia pojęcia Pralni od pojęcia Zakładu pralniczego.

<https://www.gov.pl/web/zdrowie/wytyczne-ministra-zdrowia-w-zakresie-wymogow-prawidlowego-funkcjonowania-pralni-dla-podmiotow-swiadczaczych-uslugi-pralnicze-na-rzecz-podmiotow-swiadczaczych-uslugi-lecznicze-szpitali>

Rozróżnienia to wydaje się funkcjonalne i logiczne. Zakład pralniczy może posiadać bowiem kilka pralni, np. w różnych miastach. Dla sprawy istotne jest to, że w rozumieniu wytycznych Konsorcjum jest zakładem pralniczym a do realizacji usługi Konsorcjum desygnuje kilka Pralni – w Łodzi, w Bydgoszczy, w Warszawie. Każda z tych pralni musi spełniać wymogi wytycznych Ministra Zdrowia. Każda z tych pralni winna też spełniać wymagania Zamawiającego opisane w SWZ. SWZ także posługuje się pojęciem Pralni.

II. Konsorcjum złożyło ofertę w sposób wadliwy, niezgody z treścią SWZ.

Zgodnie z treścią Rozdziału XIV SWZ pkt. 8 – Opis sposobu przygotowania oferty (art. 134 ust. 1 pkt 14 Pzp): ***Wszystkie załączniki SWZ wymagane w ofercie (formularze, oświadczenia) muszą być przedłożone na drukach zaproponowanych przez Zamawiającego, bądź drukach Wykonawcy, zgodnych pod względem treści z drukami załączonymi do SWZ. Wszystkie pola i pozycje tych wzorów winy być wypełnione, a w szczególności zawierać wszystkie wymagane informacje i dane.***

Zgodnie z treścią Rozdziału XIV.1 SWZ Wymagane dokumenty i oświadczenia, które należy złożyć z ofertą, to m.in.: FORMULARZ OFERTOWY – załącznik nr 1 do SWZ,

Zgodnie z treścią Rozdziału XV.I SWZ Złożenie oferty i pkt. 6, pisanego pogrubioną czcionką: **Po wypełnieniu Formularza składania oferty lub wniosku i załadowaniu wszystkich wymaganych załączników należy....**

W załączniku nr 1 do SWZ – FORMULARZU OFERTOWYM, w pkt. III, ppkt1 wskazano: *1. Oferujemy świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, zgodnie z opisem i wymogami zawartymi w SWZ w cenie i terminach szczegółowo określonych w Formularzu asortymentowo-cenowym – Załącznik nr 2 oraz w załączniku nr 3 – Opis przedmiotu zamówienia, stanowiącymi załączniki do niniejszej oferty.*

Oferta Konsorcjum nie została złożona w sposób prawidłowy, gdyż do Formularza ofertowego niezgodnie z wymogiem wskazany a formularzu **nie załączono załącznika nr 3**, wypełnionego i podpisanego przez uprawnioną do reprezentowania Konsorcjum osobę.

Brakujący element oferty Konsorcjum, załącznik nr 3 do SWZ, zawierał oświadczenia Wykonawcy w zakresie wymogów realizacji usługi i wymagań. Braku takiego nie da się konwalidować. Brak taki nie podlega uzupełnieniu.

Dowód: załącznik nr 3 do SWZ, Formularz ofertowy Konsorcjum.

III. Konsorcjum złożyło niewłaściwe, nieodpowiadające wymogom SWZ i potrzebom Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe. Nieprawidłowe były zarówno składane na podstawie art. 105 ust. 1 Certyfikaty ISO (Rozdział V SWZ, pkt. 1, Lp. 2) jak i badań mikrobiologicznych (Rozdział V SWZ, pkt. 1, Lp. 3). Zamawiający określił wymagane w tym postępowaniu przedmiotowe środki dowodowe Certyfikaty ISO oraz Badania mikrobiologiczne.

*„Certyfikat potwierdzający wdrożenie Systemu Zarządzania Jakością zgodny z wymaganiami w normie PN-EN ISO 9001:2015-10 dla usługi w zakresie prania, dezynsekcji, suszenia i maglowania, czyszczenia chemicznego z zastosowaniem rozpuszczalników bezhalogenowych oraz kompletowania z wykorzystaniem systemu automatycznego liczenia i identyfikacji bielizny **wraz z transportem do placówek ochrony zdrowia** (Rozdział V SWZ, pkt. 1, Lp. 2).*

Zamawiający wymagał przedłożenia Certyfikatu ISO w zakresie transportu jako elementu procesu prania. Przedłożone przez Konsorcjum certyfikaty nie potwierdzają spełnienia określonych przez Zamawiającego wymagań w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby, podwykonawcy rzeczywiście mającego wykonywać część usługi prania w zakresie transportu do placówek ochrony zdrowia tj. Rydwany Miasta Justyna Pałczyńska, dalej Rydwany. Rydwany nie dysponują Certyfikatem *potwierdzającego wdrożenie Systemu Zarządzania Jakością zgodny z wymaganiami w normie PN-EN ISO 9001:2015-10.*

Zgodnie z art. 125 ust. 5 pzp Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz **odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.**

Ocena Zamawiającego czy udostępnione zasoby spełniają określone warunki udziału w postępowaniu winna być odpowiednia do zakresu usługi jaki udostępniający udostępnia zasoby celem wykazania warunku. Zamawiający musi ocenić **czy zasoby te są wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez samego**

Zamawiającego. Obowiązek ten koresponduje też z dyspozycją art. 119 pzp. Obowiązkom tym Zamawiający nie sprostał.

Dowód: dokumenty postępowania, zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 13.11.2023.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka w postaci *Badan mikrobiologicznych wykonanych w **pralni Wykonawcy** celem potwierdzenia skuteczności w procesie prania wodnego bielizny, badania rąk pracowników, powierzchni płaskich, **powietrza po stronie czystej pralni**, w której będzie realizowana usługa* (Rozdział V SWZ, pkt. 1, Lp. 3).

Konsorcjum, wskazało trzy pralnie: w Warszawie (Citonet Warszawa – udostępniający zasoby podwykonawca), w Bydgoszczy (Citonet Bydgoszcz - udostępniający zasoby podwykonawca) oraz najistotniejsza, jak się wydaje w Łodzi (Citonet Łódź – lider Konsorcjum.)

Badania mikrobiologiczne są jednymi z koniecznych w postępowaniu (SWZ) a dodatkowo wynikających wprost z Wytycznych Ministra Zdrowia z dnia 9 listopada 2022 w zakresie wymogów prawidłowego funkcjonowania pralni dla podmiotów świadczących usługi pralnicze na rzecz podmiotów świadczących usługi lecznicze (szpitali), w których w rozdziale IV Jakość mikrobiologiczna bielizny w procesie prania z dezynfekcją w pkt. 3 zawarta jest tabela z minimalnymi wymaganiami czystości mikrobiologicznymi. Dla przedmiotu badania **Powietrze po stronie czystej pralni** wymaganiem jest **nie więcej niż 3000 jtk/m3**.

Zdaniem Odwołującego pralnie Konsorcjum nie spełniają tego wymagania, w szczególności pralnia w Łodzi (Citonet Łódź).

Oferenci zastrzegli złożone w postępowaniu wyniki badań mikrobiologicznych. Zastrzeżenie to jednak wydaje się nadużyciem, w zakresie wyników badań wymaganych przez wytyczne Ministra Zdrowia i dodatkowo Zamawiającego. Nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa wynik obiektywnego, o ile został i to należyście przeprowadzony, badania. Obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oceny takiej Zamawiający zaniechał. Obowiązkiem Zamawiającego było odtajnienie tej części informacji zastrzeżonych, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, a takim są wyniki badań. Odwołujący stwierdza, że uzasadnienie zastrzeżenia poufności złożone przez Konsorcjum jest bardzo ogólnikowe. Konsorcjum w żaden sposób nie wykazało, jaką to wartość gospodarczą ma wynik badania. Nie wiadomo też jakiej pralni i czy wszystkich pralni wynik taki dotyczy.

Obowiązkiem Zamawiającego było zrealizowania ustawowej zasady jawności zamówień publicznych zawartej w dyspozycji art. 18 ust. 1 Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego było odtajnione i zanonimizowane, co najmniej w części, dokumenty te uwzględnić w protokole postępowania i realizując ogólne zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 pzp w szczególności zasadę zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a dodatkowo dyspozycję art. 74 ust. 1 pzp udostępnić Wykonawcom w trybie art. 74 ust. 2 pkt 1 pzp. Zaniechania Zamawiającego doprowadziły do braku przejrzystości postępowania, co w sytuacji braku spełnienia przez Konsorcjum wymagania osiągnięcia wyniku badania mikrobiologicznego powietrza po stronie czystej pralni w Łodzi wydaje się niedopuszczalne. Zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień, stanowi naruszenie podstawowych zasad ustawy prawo zamówień publicznych. Zasada jawności jest jedną z podstawowych i może doznać ograniczenie wyłącznie w warunkach art. 18 ust. 1-3 ustawy. Obowiązek przeprowadzenia przywołanej procedury stanowi urzeczywistnienie zasady jawności. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej tj.: *"Izba wskazuje, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zamawiający winien zbadać "skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji."* Obowiązkiem Zamawiającego jest zatem, w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przeprowadzenie indywidualnego badania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nieprawidłowo i niezgodnie z treścią SWZ dokonał wadliwego badania i oceny ofert oraz z naruszeniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców ocenił spełnienie przez Konsorcjum obowiązku określonego SWZ i wytycznych Ministra Zdrowia. Zamawiający utrzymując tajność całości treści dokumentów zastrzeżonych naruszył zasadę jawności postępowania. Zamawiający nie zrealizował w całości zasady uczciwej konkurencji, nie dał możliwości oferentom uczciwego, obiektywnego, wzajemnego sprawdzenia czy oferty konkurencyjne spełniają wymogi SWZ.

Dowód: zawarte w ofercie przedmiotowe środki dowodowe

Skutkiem nieprawidłowych działań i zaniechań Zamawiający dokonał wyboru oferty, której treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia.

Podstawowym uprawnieniem, ale i obowiązkiem Zamawiającego jest określenie oczekiwanej usługi, w postaci warunków zamówienia. *„Nie tylko wykonawca, lecz również*

zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować, bowiem stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regulami ww. ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2019-04-19, KIO 621/19).

Wartym przy tym podkreślenia jest, iż desygnat pojęcia warunków zamówienia jest zdefiniowany wprost w ustawie a jego zakres jest bardzo szeroki. „*Ilekoć w niniejszej ustawie jest mowa o: ... warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego*” (art. 7 pkt 29 pzp).

Proces zatem tworzenia warunków zamówienia nie jest bagatelny a każdy sprecyzowany warunek zamówienia musi być zastosowany. Taki jest cel stawiania warunków. Każde odstępstwo Zamawiającego od stworzonych przez niego warunków zamówienia jest nieprawidłowością, dającą podstawy skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. „*Punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.*” (Por Wyrok KIO z 29 listopada 2021 r. KIO 3274/21).

„1. Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. 2. **Nie narusza przepisów ustawy prawo zamówień publicznych sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia.** Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców...” (Por. Wyrok KIO z 2021-02-08, KIO 71/21).

Zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 i 2 pzp „1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia **wymagane cechy** dostaw, usług lub robót budowlanych. **Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów**”.

Zamawiający wypełnił prawidłowo subsumpcję art. 99 ust. 1 pzp i wskazał, w sposób jednoznaczny, wprost, iż *Przedmiotem zamówienia jest: świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, zgodnie z Załącznikiem Nr 2 i Nr 3 do SWZ. Na przedmiot zamówienia składa się w szczególności: **kompleksowa** usługa prania bielizny szpitalnej (IV. Pkt. 1, SWZ, OPZ). Na przedmiot zamówienia składa się w szczególności – **Kompleksowa usługa prania bielizny szpitalnej** (dalej zwaną bielizną), która obejmuje między innymi: 1. Pranie, dezynfekcję, sterylizację, **czyszczenie chemiczne**, suszenie, maglowanie, prasowanie, 2. Naprawę bielizny, ... 3. Segregację i pakowania, 4. Prowadzenie bieżącej selekcji bielizny ..., 5. **Transport** ... (str.1, Rozdział I.A. OPZ).*

Wszystkie użyte w opisie słowa są dostatecznie zrozumiałe i precyzyjne. Usługa ma obejmować pranie, dezynfekcję ..., ale i **czyszczenie chemiczne** oraz **transport**. Usługa ma być kompleksową. Zakres przedmiotu postępowania jest dokładnie opisany.

Zamawiający dokładnie także określił warunki oczekiwane od wykonawców, wśród których jest m.in. spełnienie wdrożenia systemu zarządzania ISO lub równoważnego oraz spełnienie wytycznych Ministra Zdrowia. Ocena i badanie spełniania tych warunków winna być obiektywna i możliwa do weryfikacji. W tym postępowaniu Zamawiający tego nie zapewnił.

Zgodnie z treścią art. 7 pkt 20 pzp przedmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

„W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub **usług z wymaganiami**, cechami lub kryteriami **określonymi w opisie przedmiotu zamówienia** lub kryteriami oceny ofert, **lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia** zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.” (art. 105 ust. 1 Pzp)

„Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 106 ust. 1 pzp).

Katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym, o czym świadczy jednoznaczna treść cytowanego przepisu art. 106 ust. 1. Zamawiający może zatem żądać co do zasady dowolnych środków. Środki te muszą też być związane z przedmiotem zamówienia. Adekwatnym do przedmiotu zamówienia usługi prania jest oczekiwanie potwierdzenia minimalnej jakości świadczonych usług. „Celem, jakiemu ma służyć przedstawienie przedmiotowych środków dowodowych jest zgodnie z art. 7 pkt 20 Prawa zamówień publicznych potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Ponadto, jak stanowi art. 106 ust. 1 ww. ustawy, przedmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać spełnienie określonych przez zamawiającego wymagań. Tym samym, zamawiający ustalając katalog żądanych przedmiotowych środków dowodowych jest zobowiązany wskazać, jakie wymagania stawiane w postępowaniu przez zamawiającego powinny te środki dowodowe potwierdzać.” (Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2021 r. KIO 2070/21).

Oferta Konsorcjum nie spełnia warunków zamówienia, nie daje gwarancji dostawy usługi o określonej minimalnej jakości opisanej w SWZ a potwierdzonej wymaganymi przedmiotowymi środkami dowodowymi. Zamawiający niewłaściwie dokonał badania i oceny ofert w tym zakresie, ale i zaniechał wezwania Konsorcjum do wyjaśnień i uzupełnienie w tym zakresie.

IV. Zamawiający niewłaściwie dokonał oceny udostępnianych zasobów oraz badania podstaw wykluczenia podmiotów udostępniających zasoby, w postępowaniu występujących w formule podwykonawstwa.

Zgodnie z art. 119 pzp Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Zamawiający w SWZ, Rozdziale IX Wykaz podmiotowych środków dowodowych, str. 12, pkt. 5 przewidział dla Wykonawcy oprócz obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wynikających z art. 108 pzp i art. 7 ustawy z 13 kwietnia 2022 o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainie oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego czy art. 5 k Rozporządzenia 833/2014, także fakultatywne przesłanki wykluczenia z art. 109 pzp, opisane szczegółowo w tabeli.

Za lp. 12 w tabeli wskazane są podmiotowe środki dowodowe w postaci Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, iż podmioty te nie zalegają z opłacaniem podatku i opłat oraz Zaświadczenia ZUS potwierdzającego, iż podmioty te nie zalegają z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne (art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp). Dokładnie też wskazano w tej tabeli inne wymagane od wykonawcy podmiotowe środki objęte dyspozycją art. 109 ust. 1 pzp.

Konsorcjum nie złożyło wymaganych podmiotowych środków dowodowych objętych wykazem. Konsorcjum nie złożyło ww. Zaświadczeń odpowiednio dla podmiotów udostępniających zasoby. *W sytuacji, gdy wykonawca polega na zdolnościach podmiotu trzeciego, zamawiający jest zobligowany ocenić, czy podmiot trzeci spełnia warunki udziału w postępowaniu (kryteria selekcji) oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 119 PrZamPubl zamawiający weryfikuje, czy udostępniane wykonawcy zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez spełniania warunków udziału oraz kryteriów selekcji (jeżeli zostały wprowadzone), a także czy wobec podmiotu trzeciego nie zachodzą podstawy wykluczenia. Chodzi o ustalenie czy podmiot trzeci jest zdolny do wykonania zamówienia. (Por. red. Sieradzka 2022/Sieradzka).*

Zamawiający weryfikacji określonych w SWZ fakultatywnych podstaw wykluczenia udostępniających zasoby potwierdzonych określonymi podmiotowymi środkami, zaświadczeniami zaniechał.

V. Jednym z warunków udziału postępowania określonym przez Zamawiającego był warunek zdolności technicznej i zawodowej (art. 112 ust. 2 pkt. 4). Zamawiający oczekiwał, iż *Wykonawca wykaże, że wykonał dla szpitala co najmniej jedną usługę w ramach jednej umowy, odpowiadającą zakresowi przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem, że Zamawiający nie wymaga wykazania usługi w zakresie prania chemicznego, o wartości brutto min. 2.000.000,00 PLN* (Rozdział IX.II., pkt. 4, tabela lp.3 SWZ). Zamawiający wymagał wykazu usług i referencji.

W tym miejscu trzeba powrócić do przedmiotu zamówienia, którym było *świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej ... zgodnie z Załącznikiem nr 2 i nr 3 do SWZ* (IV SWZ pkt. 1). Oczekiwaniem i określonym przez Zamawiającego było zatem wykazanie należytego wykonania usługi prania dla szpitala o wartości w okresie 3 lat nie mniejszej niż 2 mln złotych.

Złożony przez Konsorcjum Wykaz usług i referencje nie potwierdzają spełnienia wymaganego warunku. Mimo tak złożonego oświadczenia wykonawcy (w postępowaniu powyżej progów unijnych) nie jest to środek bezwzględny. Złożone przez Konsorcjum oświadczenie budzi poważne wątpliwości. Należałoby ocenić czy składając to oświadczenie Konsorcjum nie miało na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do spełnienia warunku udziału. Na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum w dniu 12 stycznia 2023 roku złożyło Wykaz usług podpisany o godzinie 9:49 i Referencje. Dokument Wykazu usług był wadliwy i nie potwierdzał, co najmniej ustawowego okresu 3 letniego liczonego od terminu składania ofert, gdyż dotyczył usługi wykonanej od 25.03.2019 do 01.07.2022 roku. Zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, *okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2 i 9, liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.* (§ 9 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia). Zamawiający uzyskał kolejną przesłankę w zakresie wątpliwości co do spełnienia przez tego oferenta w sposób należyty postawionego wymogu.

Dowód: wykaz Konsorcjum z 12.01.2023 godz.9:49.

Nie jest rolą Odwołującego ustalanie w jaki sposób Zamawiający ocenił złożony na wezwanie dokument Wykazu i skutek jakich czynności Konsorcjum złożyło drugi dokument Wykazu usług, tym razem podpisany o godzi. 13:06.

Dowód: wykaz Konsorcjum z 12.01.2023 godz. 13:06.

Złożony po raz drugi dokument również nie potwierdza spełnienia określonego przez Zamawiającego warunku wykonania usługi prania o wartości 2.000.000,00 złotych.

Wprost z treści tego dokumentu wynika, iż objęta Wykazem usług i treścią referencji usługa obejmuje bowiem **nie tylko wymaganą usługę prania**, ale także **dostawę obłożeń operacyjnych**. Dostawa obłożeń operacyjnych jest inną usługą niż pranie. Z wartości wykonanej usługi w całości (2 mln zgodnie z oświadczeniem) jedynie część odpowiada usłudze prania. Konsorcjum nie podjęło nawet próby wykazania Zamawiającemu, iż ta część spełnia warunek udziału. Oświadczenie konsorcjum wprowadza Zamawiającego w błąd i nie odpowiada, co wydaje się oczywiste, rzeczywistości, gdyż nie cała usługa obejmuje pranie. Wobec braku wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia i następczego braku jego uzupełnienia na wezwania Zamawiającego oferta Konsorcjum winna być odrzucona.

V. Oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę. Konsorcjum ma realizować zamówienie w pralniach w trzech miastach w Łodzi, **w Bydgoszczy (czyszczenie chemiczne!)**, **w Warszawie (dezynfekcja komorowa!)**. Do dyspozycji ma tylko dwa środki transportu udostępniającego zasoby przedsiębiorstwa świadczącego usługi taxi – Rydwany Miasta. O ile w ogóle technologicznie i organizacyjnie jest możliwe wykonanie oczekiwanej przez Zamawiającego usługi prania, w szczególności prania w komorze dezynfekcyjnej a z barierą higieniczną w innym (co Odwołujący poddaje w poważne wątpliwości), to wykonywanie takiej usługi w sposób oczywisty w kilku miejscach oddalonych o duże odległości wymaga odpowiedniego nakładu czasu i kosztów. Dla podkreślenia braku realizmu oferty Konsorcjum należy zwrócić uwagę na prognozowane ilości prania (SWZ) oraz kilka miejsc odbioru i zdawania prania, gdyż Zamawiający prowadzi działalność szpitalną w kilku budynkach, czasami w różnych miejscach Łodzi. Za zaoferowaną cenę Konsorcjum nie będzie mogło wykonać zamówienia. Cena ta wydaje się w sposób oczywisty poniżej kosztów jej wytworzenia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy pzp *jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych*. Ustawodawca użył w przepisie

pojęcia „zamawiający żąda”, co należy rozumieć jako obowiązek zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień. Dla powstania obowiązku wystarczy samo podejrzenie rażąco niskiej ceny lub kosztu albo istotnej ich części. Samo Podejrzenie nie powoduje skutku konieczności odrzucenia oferty, ale obliguje do przeprowadzenia badania pod takim kontem. Zamawiający winien zbadać, czy faktycznie istnieją przesłanki rażąco niskiej ceny określone w przepisach art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp. Zamawiający zaniechał wykonania tego obowiązku, mimo iż nierealistycznym jest wykonanie oczekiwanej usługi w sposób prawidłowy według wskazanych w SWZ oczekiwań za cenę zaoferowaną.

Rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych. Wykładnia językowa prowadzi do wniosków, że chodzi o sytuacje oczywistych, wyraźnych, „rzucających się w oczy” zaniżenia ceny lub kosztu. „Przyjmuje się że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny.” (por. wyrok KIO 953/22 z 26 kwietnia 2022 r.)

„1. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie **ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości**, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat finansowych, zamówienie to wykonać. Cena rażąco niska jest więc **ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów** i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. **generalnie nie występuje na rynku**, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

2. W przypadku wykazania, iż rzeczywista, tj. rynkowa (rynek należy w tym przypadku uznać za ostateczne odniesienie wartości dóbr i usług) wartość przedmiotu zamówienia odpowiada zaoferowanej przez wykonawcę cenie, bezprzedmiotowe jest dowodzenie okoliczności i powodów umożliwiających obniżenie ceny przez wykonawcę, a to ze względu, że żadne zaniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie miało wtedy miejsca.” (Wyrok KIO 1018/13 z dnia 20 maja 2013 r. KIO 1018/13)

Rażąco niska cena to również istotne części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie istotnej części składowej ceny lub kosztu, to część, która w znacznym stopniu, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy np. transport. Przy czym istotnej części nie

dotyczy reguła 30% różnicy między nią a średnią cen ofert czy wartością szacunkową zamówienia, gdyż reguła to dotyczy ceny całkowitej oferty, co wprost wynika z art. 224 ust. 2 ustawy pzp. „*Nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Przepis art. 224 ust. 1 p.z.p. determinuje kryterium badania ceny oferty lub jej istotnej części składowej pod kątem rażąco niskiego charakteru, którym jest przekonanie zamawiającego co do tego, że dana cena wydaje się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.*” (por. wyrok KIO 1543/22 z 29 czerwca 2022 r.)

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. W przekazanym wykonawcy wezwaniu z kolei zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień czy też określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny” (Opinia Urzędu Zamówień Publicznych, Repozytorium Wiedzy, „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”, www.uzp.gov.pl).

Reasumując, wobec braku należytego dokonania przez Zamawiającego badania i oceny ofert odpowiednio do opisanego w dokumentacji postępowania zakresu i sposobu realizacji oczekiwanej usługi kompleksowego prania wybór oferty najkorzystniejszej nie był prawidłowy jako nie spełniającej postawionych warunków zamówienia, co skutkować może zawarciem umowy z oferentem wybranym niezgodnie z przepisami ustawy a także naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która wymaga od Zamawiającego stosowania tożsamyh zasad oceny wobec wszystkich na równych zasadach a przede wszystkim stosowania tych warunków, które sam Zamawiający określił.

Załączniki;

1. dowód uiszczenie opłaty od odwołania,
2. dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu,

3. pełnomocnictwo,
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.