

Kraków, dnia 8 maja 2017 roku

**Zamawiający:**

**SP ZOZ Państwowy Szpital dla Nerwowo i  
Psychicznie Chorych w Rybniku,  
ul. Gliwicka 33,  
44-201 Rybnik,**

**Prof.- 806/2017/MM**

**Dotyczy:** udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług prania wraz z najmem bielizny pościelowej, kołder i poduszek oraz serwisu bielizniarskiego dla potrzeb SP ZOZ Państwowego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Rybniku. Nr sprawy DZp.DGt.68.1.2017

**INFORMACJA O NIEZGODNEJ Z PRZEPISAMI USTAWY CZYNNOŚCI**

Działając w imieniu [REDAKTOWANE] na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz.

2164 z późn. zm.) zwana dalej: **Ustawą PZP**, informuję o niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego tj. zawarcie w punkcie XVII ust. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zapisu w ostatnim akapicie iż, „*Jeżeli Wykonawca nie posiada żadnej ulgi na PFRON, to zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP*”.

Zamawiającemu zarzuca się naruszenie przepisów dotyczących zasad udzielania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj.:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu kryterium ulga na PFRON, którym zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej oraz podanie znaczenia tego kryterium w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez uzależnienie w punkcie XVII ust. 3 SIWZ pozytywnej oceny oferty Wykonawcy od posiadania przez Wykonawcę jakiegokolwiek ulgi na PFRON,
2. Naruszenie art. 24 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie w punkcie XVII ust. 3 SIWZ, że Wykonawca zostanie wykluczony z postępowania w przypadku braku posiadania przez niego kryterium ulgi na PFRON pomimo spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i w sytuacji gdy oferta Wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ,

Mając na uwadze powyższe wnoszę o dokonanie zmiany treści SIWZ w punkcie XVII ust 3 poprzez:

1. Wykreślenie z punktu XVII ust 3 SIWZ słów: „*Jeżeli Wykonawca nie posiada żadnej ulgi na PFRON, to zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP* ”
2. Zmianę znaczenia kryterium ulga na PFRON w taki sposób, że nieposiadanie przez Wykonawcę żadnej wysokości ulgi na PFRON będzie skutkowało uzyskaniem przez ofertę Wykonawcy 0 punktów.
3. Zmianę zapisu w punkcie XVII ust. 3 linijka 2 na: „*ulga w wysokości od 0 do 5% odpisu miesięcznie: 0 pkt,*

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn: „Świadczenie usług prania wraz z najmem bielizny pościelowej, kołder i poduszek oraz serwisu bielizniarskiego dla potrzeb SP ZOZ Państwowego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Rybniku”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 26 kwietnia 2017 roku pod nr Dz.U. 2017/S 081-156363.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej: SIWZ) w punkcie XVII określił kryteria, którymi będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone na podstawie następujących kryteriów oceny: Cena 60%, ulga na PFRON 40%. Wartość punktową kryterium ulga na PFRON przedstawiono następująco:

- ulga w wysokości do 5% odpisu miesięcznie: 0 pkt,
- ulga w wysokości od 6% do 20% odpisu miesięcznie: 5 pkt,
- ulga w wysokości od 21% do 30% odpisu miesięcznie: 10 pkt,
- ulga w wysokości od 31% do 40% odpisu miesięcznie: 20 pkt,
- ulga w wysokości od 41% do 60% odpisu miesięcznie: 30 pkt,
- ulga w wysokości powyżej 61% odpisu miesięcznie: 40 pkt.

Jednocześnie Zamawiający zamieścił w punkcie XVII ust 3 zapis: „Jeżeli Wykonawca nie posiada żadnej ulgi na PFRON, to zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP ”.

W opinii Wykonawcy określony przez Zamawiającego w punkcie XVII SIWZ opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, polegające na uzależnieniu pozytywnej oceny oferty Wykonawcy od posiadania przez tego Wykonawcę ulgi na PFRON narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie ulega wątpliwości, że prawidłowym i nienaruszającym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców jest zapis zapewniający udziału w postępowaniu wszystkich tych wykonawców, którzy dają gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto ustawa wskazuje, że zamawiający zapewnia aby Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Zamawiający dokonując opisu kryteriów sposobu dokonywania oceny ofert w zakresie warunku posiadania ulgi na PFRON naruszył normę art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust 1 i 2 ustawy, gdyż ukształtowanie wymagania posiadania ww. ulgi pozbawia dostępu do zamówienia wszystkich tych wykonawców, którzy dają należyłą gwarancję wykonania zamówienia a nie posiadają takiej ulgi. Udzielanie zamówień publicznych musi być zgodne z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych należy przestrzegać procedur udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady powyższe mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję. Artykuł 18 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych stanowi, że: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”. Wszystkie czynności zamawiającego dokonywane w postępowaniu o zamówienie publiczne – od przygotowania postępowania, przez treści dokumentacji postępowania (opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert, komunikacja z wykonawcami w toku postępowania), wybór trybu postępowania do wyboru oferty najkorzystniejszej winny być dokonywane w poszanowaniu tych zasad i powinny mieć na celu zapewnienie ich przestrzegania.*

Wykonawca nieposiadający żadnej ulgi PFRON daje gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia, tak samo jak Wykonawcy posiadający ww. ulgę. Ulga powyższa

nie jest bowiem wyznacznikiem kompetencji ani zdolności zawodowej i technicznej będącej podstawą prawidłowego wykonywania usługi prania. Nie ma przy tym żadnych racjonalnych powodów, aby preferować jedynie Wykonawców posiadających ulgi PFRON w sytuacji gdy inni Wykonawcy z powodzeniem świadczą usługi nie odbiegające jakościowo od usług wykonywanych przez wykonawców posiadających takie ulgi. Zawarty w petitum pisma wniosek o usunięcie wpisu: *„Jeżeli Wykonawca nie posiada żadnej ulgi na PFRON, to zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP ”* zmierza do dopuszczenia innych Wykonawców świadczących równoważne jakościowo usługi. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2012 r., o sygnaturze KIO 2749/11; KIO 2756/11; KIO 2763/11 *„Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a zaoferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów”*.

Zdaniem Wykonawcy, Zamawiający naruszył ponadto art. 24 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazuje minimalne parametry/wymagania/wytyczne co do sposobu realizacji zamówienia, które Wykonawca musi uwzględnić w składanej przez siebie ofercie. Treść oferty zgodna z SIWZ to treść odpowiadająca na merytoryczne potrzeby Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem Wykonawca zaoferuje przedmiot świadczenia, który odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w SIWZ, wówczas jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Zamawiający, po otwarciu ofert dokonuje bowiem najpierw badania zgodności ofert z treścią SIWZ, a następnie jeśli oferta jest zgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ dokonuje jej oceny za pomocą kryteriów oceny ofert . Zamawiający sprawdza czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 22 oraz 24 ustawy Pzp) oraz czy oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone w SIWZ, czy zostały złożone wymagane pełnomocnictwa, czy zostało złożone pisemne zobowiązanie podmiotu, na którego zasoby powołuje się Wykonawca. Zamawiający po wykryciu błędów, braków czy niejasności wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, poprawia oczywiste omyłki. To od „odpowiedzi” Wykonawcy (tego czy uzupełni braki

lub poprawi błędy lub wyjaśni niejasne treści) zależy czy oferta zostanie przyjęta oraz czy Wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślić również należy, że wszystkie przesłanki odrzucenia oferty można zastosować na etapie badania ofert. Z powyższego jednoznacznie wynika, że oferty, które nie zostały odrzucone w trakcie badania ofert, podlegają dalszej procedurze – ocenie ofert. Ocenie tej nie podlegają natomiast oferty odrzucone lub złożone przez Wykonawców wykluczonych. Celem ustalania warunków udziału w postępowaniu a także żądania dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają minimalne wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, jest dokonanie wstępnej selekcji Wykonawców. Jeżeli bowiem wymagane dokumenty zostały załączone do oferty i spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, wówczas oferta zostaje dopuszczana do drugiego etapu – oceny ofert.

Zamawiający w punkcie VII SIWZ- opisie warunków udziału w postępowaniu nie określił, że jednym z tych warunków jest posiadanie ulgi na PFRON, należy, zatem przyjąć że Wykonawcy, którzy nie posiadają takiej ulgi a spełniają inne wymagane przez Zamawiającego warunki nie podlegają wykluczeniu z postępowania. Warunek posiadania ulgi na PFRON jest jednym z kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Oferta Wykonawcy nie posiadającego przedmiotowej ulgi powinna zatem otrzymać 0 punktów, a nie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP jako nie odpowiadająca treści SIWZ.

Celem ustalania kryteriów oceny ofert jest bowiem dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. O najkorzystniejszej ofercie mówimy wówczas, gdy oferta spełnia minimalne wymagania Zamawiającego co do przedmiotu i sposobu realizacji zamówienia. Biorąc zatem pod uwagę cel ustanowienia powyżej opisanych instytucji, należy dojść do wniosku, że kryteria nie służą badaniu ofert, a jedynie ich ocenie i w związku z tym nie ma możliwości odrzucenia oferty na podstawie niekorzystnego wyniku uzyskanego przez ofertę na etapie oceny ofert. Niekorzystny wynik powinien jedynie wpływać na miejsce rankingowe danej oferty. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9 marca 2010 r., o sygnaturze **KIO/UZP 24/10** „*Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść siwz to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o*

*udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści siwz. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy”.*

Treścią SIWZ jest w szczególności opis wymagań i oczekiwań Zamawiającego względem przedmiotu zamówienia. Świadczenie Wykonawcy ma być tożsame z oczekiwanym przedmiotem świadczenia. O zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 decyduje wynik porównania oczekiwań Zamawiającego i oferty Wykonawcy w aspekcie merytorycznych aspektów zamówienia. Merytorycznymi aspektami zamówienia są w szczególności: zakres, ilość, jakość, warunki realizacji i inne istotne elementy dla wykonania zamówienia. Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż prowadzi to do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zaoferowany produkt nie spełnia kompletnych parametrów, wyznaczonych jako granicznie wymagane, obowiązkiem zamawiającego w takiej sytuacji jest odrzucenie oferty. Cechy, którymi obligatoryjnie winno charakteryzować się wykonanie usługi stanowią bowiem istotny element oferty, co przesądza o zgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w związku z art. 66 ust. 1 k.c”.

Reasumując badanie ofert skutkujące ich ewentualnym odrzuceniem to badanie czy oferowane świadczenia spełniają minimalne wymagania i parametry obligatoryjne. Ocena ofert według kryteriów oceny ofert to ocena czy oferowane świadczenia spełniają parametry dodatkowe, za których spełnienie przyznana jest dodatkowa punktacja. Podobne stanowisko wyraziła KIO w wyroku z dnia 4 stycznia 2013 r., o sygnaturze

KIO 2806/12 „Zgodność treści oferty z treścią SIWZ nie musi wyłącznie polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów SIWZ lub jej elementów w złożonych ofertach – i tylko w kategoriach czysto formalnych być oceniana. Istotnym jest, aby sens wyrażen składających się na treść oferty odpowiadał wymaganiom zamawiającego i spełnione zostały parametry minimalne opisane w przedmiocie technicznym wymaganego sprzętu. (...) Przesłanek do odrzucenia oferty, zawarty w art. 89 ust. 1 p.z.p., nie można interpretować rozszerzająco, a zamawiający nie może – odrzucając ofertę – opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim – w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty – spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia, a także w wyroku z dnia 21 sierpnia 2013 r., o sygnaturze KIO 1902/13 „O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego”.

Istotą kryterium pozacenowego jest, że wykonawcy otrzymują dodatkowe punkty nie za spełnienie minimalnych wymagań zamawiającego, lecz za wykazanie spełnienia wymagań w wyższym stopniu niż to jest wymagane. Skoro zamawiający zdecydował, że będzie premiował szczegółowość np. opisu projektu/realizacji funkcjonalności, wskazanie technologii, które gwarantować będą spełnienie wymogów SIWZ, to nielogicznym byłoby przyznanie jakiegokolwiek punktu za powielenie wymagań określonych w SIWZ. Istotą kryterium pozacenowego, jest to, że Wykonawcy otrzymują dodatkowe punkty za spełnienie wymagań w wyższym stopniu. I tak jak spełnienie wymagań minimalnych nie powinno być dodatkowo punktowane (bo te decydują czy oferta zostanie przyjęta jako zgodna z SIWZ), tak nie spełnienie wymagań w wyższym stopniu nie może powodować odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

Postanowienie zawarte w treści punktu XVII ust. 3 SIWZ należy, zatem uznać za niezgodne z treścią ustawy PZP.

Wykonawca posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego środka ochrony prawnej, gdyż zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia pn „Świadczenie usług prania wraz z najmem bielizny pościelowej, kołder i poduszek oraz serwisu bieliźniarskiego dla potrzeb



*SP ZOZ Państwowego Szpitala dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku*". Z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa, skutkujące nieprawidłowym opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nieprawidłowym zastosowaniem kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty i metod oceny zgodności oferty z SIWZ, a także naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, Odwołujący traci możliwość ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.