

Sygn. akt: KIO 1619/22

## WYROK

z dnia 15 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2022 roku Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ARS Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fudeko Spółka akcyjna w Gdyni, Fudeko Med. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„IZAN+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ARS Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ARS Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa sprzątnia i dezynfekcji w Szpitalu Specjalistycznym im. J. Dietla w Krakowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 czerwca 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ARS Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zaniechań zamawiającego, tj. wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy: Konsorcjum Izan + Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków i Naprzód Hospital Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 91-204 Łódź (dalej Konsorcjum Izan+ ), mimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami postępowania;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy: Konsorcjum Izan+, mimo że jest nieważna na podstawie innych przepisów, gdyż została podpisana przez osobę nieumocowaną a uzupełnienie stosownego pełnomocnictwa jest zbędne, gdyż oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na jego uzupełnienie jako oferta niezgodna z warunkami postępowania;
- 3) wybór jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty niezgodnej z warunkami postępowania i nieważnej na podstawie odrębnych przepisów oraz zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego;

ewentualnie:

- 4) zaniechania wezwania wykonawcy Konsorcjum: Izan+ do uzupełnienia dokumentów, mimo że oferta ww. wykonawcy nie zawiera pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę do dokonania ww. czynności, a umocowanie ww. osoby do dokonania ww. czynności złożenia oferty nie wynika z dokumentów rejestrowych uczestników Konsorcjum: Izan+ lub innych dokumentów złożonych przez ww. wykonawcę w postępowaniu;
- 5) przedwczesny i wadliwy wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Konsorcjum Izan+ .

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia tj.:

a) zaoferowane przez wybranego wykonawcę środki chemiczne (preparaty), przy pomocy których zamierza realizować zamówienie nie spełniają wymogów określonych w specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.);

b) wybrany wykonawca nie zaoferował do wykonania zamówienia środków chemicznych (preparatów) wymaganych zgodnie z s.w.z.;

c) wybrany wykonawca nie wykazał w formie dokumentowej na podstawie załączników i pozyskanych danych ilości godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług;

2) art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 1964 nr 16 poz. 93 ze zm.) — dalej K.c. oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, mimo że oferta ta została podpisana przez osobą nieumocowaną i tym samym jest nieważna na podstawie art. 104 zd. 1 K.c., a ww. wada nie podlega konwalidacji z uwagi na okoliczność, że oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia;

3) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy P.z.p. poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, tj.:

a) wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, której treść jest niezgodna z warunkami postępowania a nadto oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

b) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty odwołującego i wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez innego wykonawcę;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1 – 3, z ostrożności procesowej:

4) art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 104 k.c. poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego osobie, która podpisała złożoną przez niego ofertę, mimo że oferta ta nie zawiera żadnego dokumentu, który potwierdzałby umocowanie osoby, która podpisała ww. ofertę do dokonania tejże czynności, a podpisanie (złożenie) oferty jako jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z jego przekroczeniem jest nieważna na podst. art. 104 K.c.;

5) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 128 ustawy P.z.p. i art. 104 K.c. oraz art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez wadliwy i przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej, tj.:

a) wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która jest nieważna na podstawie art. 104 K.c.;

b) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty ważnej i niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1) odrzucenie wykonawcy: Konsorcjum Izan + jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz nieważnej na podstawie odrębnych przepisów;

2) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

w zakresie dotyczącym zarzutów ewentualnych:

3) wezwanie wykonawcy: Konsorcjum Izan+ do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie osoby, która podpisała ofertę ww. Konsorcjum do dokonania tejże czynności;

4) wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych i niepodlegających odrzuceniu;

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 lipca 2022 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Fudeko Spółka akcyjna w Gdyni, Fudeko Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w części dotyczącej zarzutów: 1, 2, 3 pkt a, 4 oraz 5 odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „IZAN+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu 3 oraz związane z tym żądanie ewentualne oraz ogranicza

zarzut dotyczący środków zaoferowanych przez wykonawcę, tzn. zarzut 1 w zakresie środków wskazanych w punkcie 1.1.3. odwołania lit. a i e (dot. środków: Perform i Desam Spray). W pozostałym zakresie podtrzymał odwołanie.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w dniu 07 czerwca 2022 r. przekazał i opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza w postępowaniu została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Konsorcjum Izan+.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ „Formularz cenowy wraz ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia” część „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 6 oraz zgodnie z Załącznikiem nr 11 do specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.) „Wzór umowy” § 1 ust. 9:

Wykonawca dostarczy i będzie używał środków dopuszczonych do stosowania w obszarze medycznym, zgodnie z obowiązującymi przepisami w szczególności:

- ustawą z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych,
- ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach;
- ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych;
- ustawą z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (jeśli dotyczy);

oraz zgodnie z wymogami sanitarno-epidemiologicznymi obowiązującymi w Szpitalu i procedurami sprzątnania zatwierdzonymi przez organ Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Środki muszą również być dostosowane do powierzchni w szpitalu w celu uniknięcia zniszczenia wykładzin ściennych i podłogowych oraz muszą posiadać pełne spektrum działania: B, V, G, Tbc, związki organiczne, krew. Zamawiający zapewnia ze swej strony płyny do myjek-dezynfektorów, oraz zmywarek do naczyń do użytku na oddziałach szpitalnych. Zamawiający dopuszcza zamienniki preparatów do mycia, jednak propozycja Wykonawcy musi być zaakceptowana przez Zamawiającego i jakkolwiek zmiana środków też musi być zaakceptowana przez Zamawiającego, nie dotyczy to preparatów do dezynfekcji.

Zgodnie z Załącznikiem nr 11 do s.w.z., wzór umowy, załącznik nr 7 do umowy - załącznik nr 10 z SWZ „OŚWIADCZENIE WYKONAWCY Wykaz środków dezynfekcyjnych oraz myjąco-czyszczących”, wskazano, że tabelę należało uzupełnić „o nazwy preparatu myjącego oraz dezynfekcyjnego dobrane zgodnie z zagrożeniem”.

*Dowód: specyfikacja warunków zamówienia z załącznikami*

W odpowiedzi na pytanie 16 z dnia 22 marca 2022 r. o treści:

*Zamawiający wymaga, aby środki dezynfekcyjne posiadały pełne spektrum działania B, V, G, Tbc, związki organiczne, krew. Prosimy o potwierdzenie, iż nie wszystkie środki muszą posiadać pełne spektrum działania B, V, G, Tbc, związki organiczne i krew i że spektrum ma być dostosowane do zagrożenia?*

zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

*Zamawiający zgodnie z zał. nr 11 do SIWZ, § 1 ust. 9 wymaga pełnego spektrum.*

*Dowód: odpowiedź na pytanie 16 z dnia 22 marca 2022 roku*

Wybrany wykonawca w złożonym przez siebie wykazie środków (str. 63 tajnej części oferty) oświadczył, że do realizacji zgodnie z zakresem przedmiotu zamówienia będzie używać m.in. następujących preparatów do dezynfekcji:

- a) Perform (wiersz czwarty (4) tabeli zatytułowanej Środki dezynfekujące);
- b) Virkon (wiersz ósmy (8) tabeli zatytułowanej Środki dezynfekujące);
- c) Incidin Liquid Spray (wiersz dziewiąty (9) tabeli zatytułowanej Środki dezynfekujące);
- d) Surfianos Premium (wiersz dziesiąty (10) tabeli zatytułowanej Środki dezynfekujące);
- e) Desam Spray (wiersz jedenasty (11) tabeli zatytułowanej Środki dezynfekujące).

Wskazane środki charakteryzują się następującym działaniem:

- a) Perform posiada spektrum działania: B, F, V (polio, adeno), Tbc.
- b) Virkon posiada spektrum działania B, F, V (polio, adeno).
- c) Incidin Liquid Spray posiada spektrum działania B, F, V (HIV, HBV, HCV, adeno, rota, noro, papowa), Tbc.
- d) Surfianos Premium posiada spektrum działania B, F, V (osłonkowe) w warunkach czystych w 15 minut.
- e) Desam Spray posiada spektrum działania B, F, V, Tbc w warunkach czystych.

*Dowód: oferta wykonawcy Izan+*

Zgodnie z Załącznikiem nr 10 s.w.z. „Wykaz środków dezynfekcyjnych oraz myjąco-czyszczących” w adnotacji „UWAGA” zamawiający wymagał:

Uzupełnić tabelę o nazwy preparatu myjącego oraz dezynfekcyjnego dobrane zgodnie z zagrożeniem i wskazać preparat stosowany przy zanieczyszczeniu wydzielinami

organicznymi niezawierający aldehydów, fenolu, chloru (Zamawiający dopuszcza środki ze związkami chloru do zastosowania w sanitariatach).

Zgodnie z treścią s.w.z. z dnia publikacji, tj. zgodnie z poleceniem zawartym pod tabelą zamieszczoną w Formularzu Cenowym (Załącznik nr 2 do s.w.z.):

WYKONAWCA UDOKUMENTUJE (np. w koncepcji wykonania usługi ), NA PODSTAWIE ZAŁĄCZNIKÓW I POZYSKANYCH DANYCH ILOŚĆ GODZIN PODLEGAJĄCYCH ZWOLNIENIU Z PODATKU OD TOWARÓW I USŁUG.

*Dowód: specyfikacja warunków zamówienia*

W odpowiedzi na pytanie nr 82 z dnia 22.03.2022 r. (str.21-23) zamawiający wskazał, że do zamówienia znajduje zastosowanie zwolnienie z podatku na podstawie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług — art. 43 ust. 1 9dz. U. 2021.685 t.j.) oraz na podstawie indywidualnych interpretacji przedmiotowych czynności.

Zamawiający w zakresie pytań dotyczących wymaganego zgodnie z s.w.z. sposobu udokumentowania ilości godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług wyjaśnił, że (odpowiedzi na pytania nr 26 — 30 z dnia 22.03.2022 r. str. 6 i 7):

*Udokumentowanie przez Wykonawcę ilości godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2021.0. 685 ), z dnia 11 marca 2004 r., Art. 43 ust. 1., oraz posiadanych przez Wykonawcę dokumentach w zakresie indywidualnej interpretacji przedmiotowych godzin.*

Na mocy odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 25.03.2022 r. zamawiający dokonał zmiany treści s.w.z. a nadto wyjaśnił jak niżej:

*W nawiązaniu do odpowiedzi Zamawiającego na pytania Wykonawców z dnia 22 marca 2022 r. nr 26 — 30 oraz nr 82 zwracamy się o potwierdzenie, że Zamawiający nie wymaga przedłożenia jakichkolwiek dokumentów urzędowych na potwierdzenie uprawnienia Wykonawców do zastosowania zwolnienia z VAT. Jednocześnie zwracamy uwagę, że zgodnie z art. 128 ust. 6 PZP Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą. Mając na uwadze powyższe Zamawiający ma obowiązek zastosować się do katalogu podmiotowych*



*środków dowodowych, których może wymagać od Wykonawców, a które w sposób wyczerpujący zostały wymienione w Rozporządzeniu Ministra rozwoju, pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy. Zwracamy uwagę, że w w/w katalogu nie mieszczą się jakiegokolwiek dokumenty urzędowe w zakresie możliwości zastosowania zwolnienia z podatku VAT. Tym samym żądanie przez Zamawiającego, przedłożenia przez Wykonawców jakichkolwiek dokumentów, niemieszczących się w katalogu w/w Rozporządzenia należy uznać za niedozwolone.*

*ODPOWIEDŹ: Zamawiający odstępuje od wymogu składania indywidualnych interpretacji przez Wykonawców dla potwierdzenia ich uprawnień do zastosowania zwolnienia z podatku VAT. Jednocześnie Zamawiający precyzuje, iż polecenie Wykonawca udokumentuje (np. w koncepcji wykonania usługi i na podstawie załączników i pozyskanych danych ilość godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług należy rozumieć jako obowiązek wskazania przez Wykonawców, w formie dokumentowej, np. w koncepcji wykonania usługi, wyłącznie ilości godzin, cc do których Wykonawca zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług.”*

*Dowody: odpowiedzi na pytania nr 82 z dnia 22.03.2022 r., nr 26 — 30 z dnia 22.03.2022 r., nr 3 z dnia 25.03.2022*

Wybrany wykonawca w zakresie dotyczącym udokumentowania ilości godzin podlegających zwolnieniu złożył zmodyfikowany formularz cenowy, w którym podał ilość godzin podlegających opodatkowaniu ww. stawką zw. Modyfikacja ww. formularza cenowego przez wybranego wykonawcę polegała na dodaniu do tabeli zawartej w tymże formularzu kolumny o nazwie: ilość, w której wyszczególnione zostało rozbieżności usługi ze względu na podatek VAT. Odpowiednio do ww. rozbieżności dostosowane zostały wiersze w ww. formularzu, które obrazują przeliczenie ceny ze względu na stawki VAT.

*Dowód: oferta wykonawcy Izan+*

Odwołujący w dniu 19 kwietnia 2022 r. otrzymał od Zamawiającego informację, że w ofercie złożonej przez Konsorcjum Izan+ brak jest udokumentowania ilości godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług.

*Dowód: pismo zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2022 roku*

W dniu 19 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Izan+ do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w ww. wezwaniu wskazał, że:

*Zamawiający, działając w trybie art. 223 ust. 1 w związku z art. 187 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: PZP), wzywa do udokumentowania ilości godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług.*

*Zamawiający w zał. 2 do SWZ tzn. w formularzu cenowym wraz ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia wymagał (zapis pod tabelą): „Wykonawca udokumentuje (np. w koncepcji wykonania usługi) na podstawie załączników i pozyskanych danych, ilość godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług” natomiast Wykonawca nie dołączył do oferty takiego udokumentowania.*

*Dowód: pismo zamawiającego z 19 kwietnia 2022 roku*

*Wybrany wykonawca w złożonych wyjaśnieniach oświadczył, że:*

*Wykonawca udokumentował tj. wskazał (zgodnie z odpowiedzią) konkretne ilości godzin, co do których zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług oraz ilości godzin przewidzianych na czynności opodatkowane podstawową stawką podatku VAT tj. 23%, w formularzu cenowym.*

*W imieniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na: „Usługę sprzątnia i dezynfekcji w Szpitalu Specjalistycznym im. J. Dietla w Krakowie” nr postępowania SZP/2/2022, tj. Izan + Sp. z o.o. oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o., informuję, że wraz ze złożoną ofertą została udokumentowana ilość godzin podlegająca zwolnieniu z podatku od towarów i usług.*

*Zamawiający w dniu 25.03.2022r. odpowiedzią udzieloną na pytanie nr 3 wyjaśnił, że: „Zamawiający odstępuje od wymogu składania indywidualnych interpretacji przez Wykonawców dla potwierdzenia ich uprawnień do zastosowania zwolnienia z podatku VAT. Jednocześnie Zamawiający precyzuje, iż polecenie Wykonawca udokumentuje (np. w koncepcji wykonania usługi) na podstawie załączników i pozyskanych danych ilość godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług należy rozumieć jako obowiązek wskazania przez Wykonawców, w formie dokumentowej, np. w koncepcji wykonania usługi, wyłącznie ilości godzin, co do których Wykonawca zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług.”*

*W związku z powyższym wskazujemy, iż:*

*1. Wykonawca udokumentował tj. wskazał (zgodnie z odpowiedzią) konkretne ilości godzin, co do których zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług” oraz ilości godzin przewidzianych na czynności opodatkowane podstawową stawką podatku VAT tj. 23%, w formularzu cenowym.*

2. Wykonawca złożył wraz z ofertą zasady organizacji pracy, które stanowią część Koncepcji wykonania usługi. Dokument ten opisuje sposób oraz godziny świadczenia poszczególnych usług. Ilość godzin podlegających zwolnieniu zostały udokumentowane w zasadach organizacji pracy poprzez wskazanie w jakich godzinach w poszczególnych oddziałach i komórkach organizacyjnych szpitala jaki rodzaj czynności będzie wykonywany. Poprzez wskazanie godzin pracy należy rozumieć wykonywanie w tych godzinach czynności, podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług, wymienionych w załącznikach nr 2 i 5 (a dołączonych do oferty, załącznik 2 str.10-23, zał.5 str.24 plik Tajemnica przedsiębiorstwa) tj.:

Czyszczenie dezynfekcja łóżka;

- Czyszczenie fartuchów ołowiowych;
- Czyszczenie fotela do pobierania krwi;

(...)

Wykonawca oświadcza, iż niniejszy podział jest zgodny z aktualnym orzecznictwem sądowym i Interpretacją Ministra Finansów z dnia 29 grudnia 2017 roku z zakresu zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług.

Dowód: pismo wykonawcy Izan+

Zgodnie z rozdz. XXV pkt 1 i 2 s.w.z.:

2. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. Poprzez oryginał należy rozumieć dokument podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę/osoby upoważnioną/upoważnione. Poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje w formie elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę/osoby upoważnione/upoważnione.

3. Pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przypadku gdy pełnomocnictwo zostało sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone podpisem kwalifikowanym, potwierdzającym zgodność odwzorowania cyfrowego z dokumentem w postaci papierowej.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia

Oferta wybranego wykonawcy została podpisana przez Panią Ż. P. .

Do oferty wybranego wykonawcy zostały dołączone pełnomocnictwa:

- Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi (z dnia 18 stycznia 2022 roku) dla Izan+ Sp. z o.o. w Krakowie, do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym między innymi do złożenia (w tym podpisania) oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do potwierdzenia za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów składanych w tym postępowaniu; pełnomocnictwo obejmuje również upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie udzielonego pełnomocnictwa;

- Izan+ Sp. z o.o. w Krakowie (z dnia 20 stycznia 2022 roku) dla Pani Ż. P., do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Izan+ Sp. z o.o. w Krakowie i Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, w tym do złożenia (w tym podpisania) oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do potwierdzenia za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów składanych w tym postępowaniu.

*Dowód: oferta wykonawcy Izan+*

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. zaoferowane przez wybranego wykonawcę środki chemiczne (preparaty), przy pomocy których zamierza realizować zamówienie, nie spełniają wymogów określonych w specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.).

Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez wybranego wykonawcę preparaty do dezynfekcji: Virkon, Incidin Liquid Spray i Surfanios Premium, są niezgodne z warunkami postępowania, gdyż nie posiadają pełnego spektrum działania B, V, G, Tbc, związki organiczne, krew.

Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko wymogiem zawartym w Załączniku nr 2 do s.w.z. „Formularz cenowy wraz ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia” część

„Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 6 oraz w Załączniku nr 11 do s.w.z. 'Wzór umowy' § 1 ust. 9, wskazując, że – zgodnie z jego treścią – środki muszą posiadać pełne spektrum działania: B, V, G, Tbc, związki organiczne, krew, a także treścią odpowiedzi na pytanie 16 z dnia 22 marca 2022 roku, stosownie do której zamawiający – zgodnie z załącznikiem nr 11 do s.w.z., § 1 ust. 9 – wymaga pełnego spektrum działania.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego. W myśl wskazanych wyżej postanowień s.w.z., zamawiający wymagał, by wykonawca dostarczył i używał środków dopuszczonych do stosowania w obszarze medycznym, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz wymogami sanitarno-epidemiologicznymi obowiązującymi w szpitalu i procedurami sprzątnięcia zatwierdzonymi przez organ Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Zamawiający wskazał ponadto, że środki muszą również być dostosowane do powierzchni w szpitalu w celu uniknięcia zniszczenia wykładzin ściennych i podłogowych oraz muszą posiadać pełne spektrum działania: B, V, G, Tbc, związki organiczne, krew. Co więcej, w Załączniku nr 11 do s.w.z., wzór umowy, załącznik nr 7 do umowy - załącznik nr 10 do s.w.z. „OŚWIADCZENIE WYKONAWCY Wykaz środków dezynfekcyjnych oraz myjąco-czyszczących”, wskazano, że tabelę należało uzupełnić „o nazwy preparatu myjącego oraz dezynfekcyjnego dobranego zgodnie z zagrożeniem”.

W ocenie Izby istotna dla rozstrzygnięcia zarzutu była okoliczność, że zamawiający wymagał „środków dostosowanych do powierzchni w szpitalu” oraz „dobrych zgodnie z zagrożeniem”. Zamawiający co prawda w odpowiedzi na odwołanie wskazywał ponadto na okoliczność, iż zaoferowane środki mają odpowiadać wymogom sanitarno-epidemiologicznym i procedurom sprzątnięcia zatwierdzonym przez właściwy organ, niemniej jednak nie wniósł o przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów. Ten argument Izba zatem pominęła przy ocenie zarzutu.

Niemniej jednak wskazane wyżej wymogi o konieczności dostosowania środków do powierzchni w szpitalu oraz dobrania ich zgodnie z zagrożeniem są wystarczające do stwierdzenia, że nie każdy z zaoferowanych środków winien posiadać pełne spektrum działania, lecz muszą one być dobrane w taki sposób, że do danego zagrożenia winien być przeznaczony środek o spektrum działania odpowiadający temu zagrożeniu i wykonawca musi zaoferować taką gamę środków, by zapewnić co najmniej jeden środek do każdego zagrożenia spośród wymienionych przez zamawiającego.

Odnosząc się do odpowiedzi na pytanie nr 16 z dnia 22 marca 2022 r. Izba wskazuje, że w istocie stanowisko zamawiającego nie było odpowiedzią na zadane pytanie. Nie ulega wątpliwości, że intencją zadającego pytanie było pozyskanie informacji na temat tego, czy każdy z zaoferowanych środków musi posiadać pełne spektrum działania, tj.: B, V, G, Tbc,

związki organiczne, krew czy też spektrum ma być dostosowane do zagrożenia. Zamawiający nie podał tej informacji, lecz udzielił odpowiedzi: *Zamawiający zgodnie z zał. nr 11 do SIWZ, § 1 ust. 9 wymaga pełnego spektrum.* Nie sposób jednak z tej odpowiedzi wywieść, iż każdy środek ma posiadać pełne spektrum działania. Zamawiający odwołał się bowiem do § 1 ust. 9 projektu umowy, z którego wynika jedynie, że zaoferowane środki mają posiadać pełne spektrum działania, nie zaś, że każdy z nich musi takie spektrum posiadać. W sytuacji jakichkolwiek wątpliwości wykonawca powinien zatem dokonać interpretacji tego wymogu w oparciu o całość dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności o załącznik nr 7 do umowy (załącznik nr 10 do s.w.z.) „OŚWIADCZENIE WYKONAWCY Wykaz środków dezynfekcyjnych oraz myjąco-czyszczących”, z którego wprost wynikało, że wykaz należało sporządzić podając nazwy preparatu myjącego oraz dezynfekcyjnego dobranego zgodnie z zagrożeniem.

Tym samym Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego w postaci kart katalogowych środków zaoferowanych przez wybranego wykonawcę, stwierdzając, że okoliczność, iż nie obejmują one pełnego spektrum działania nie była pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. wybrany wykonawca nie zaoferował do wykonania zamówienia środków chemicznych (preparatów) wymaganych zgodnie z s.w.z..

Odwołujący podniósł, że wybrany wykonawca w ogóle nie zaoferował realizacji zamówienia z użyciem preparatu stosowanego przy zanieczyszczeniu wydzielinami organicznymi niezawierający aldehydów, fenolu, chloru i tym samym nie zobowiązał się do realizacji zamówienia z użyciem preparatu przeznaczonego do stosowaniu przy zanieczyszczeniu wydzielinami organicznymi i niezawierającego aldehydów, fenolu i chloru. Preparat, o którym mowa powyżej nie został wskazany ani wymieniony w żadnej części oferty wybranego wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz wykonawca Izan+ w treści pisma zawierającego oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego wskazali, że preparat o wskazanych właściwościach został zawarty w treści wypełnionego przez wykonawcę i złożonego w postępowaniu załącznika Nr 10 pod pozycją 1 i jest to preparat o nazwie Virusolve+ koncentrat. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zamieścił odnośniki do ulotek dotyczących tego preparatu. Izba przeprowadził dowód zarówno z treści załącznika nr 10, jak również z załączonych ulotek i stwierdziła, że zaoferowany preparat

posiada między innymi następujące właściwości: nie zawiera aldehydów, chloru, alkoholi i kwasów, jego skład jest następujący: Alkilotriamina 10 g, 2-Aminoetanol 5 g, Surfaktant kationowy 5 g, Surfaktant niejonowy 3 g, Węglan potasu 3 g, może być stosowany do powierzchni obciążonych krwią, plwocinami, ropą i białkami. W ocenie Izby zaoferowany środek odpowiada wymogom wskazanym w załączniku nr 10 s.w.z.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. wybrany wykonawca nie wykazał w formie dokumentowej na podstawie załączników i pozyskanych danych ilości godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług.

Odwołujący podniósł, że:

- wybrany wykonawca w pierwotnej treści oferty wykazał wyłącznie ilość godzin, co do których zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług;

- wybrany wykonawca w pkt. 2 wyjaśnień złożył oświadczenie o przyczynach i wymiarze zastosowanego przez siebie do obliczenia ceny ofertowej zwolnienia z VAT. Powyższe oświadczenie nie znajdowało się w pierwotnej treści oferty Konsorcjum Izan+.

- zamawiający błędnie zakwalifikował odpowiedź wybranego wykonawcy na wezwanie z dnia 19.03.2022 r. jako wyłącznie wyjaśnienie treści oferty. Pismo to jest bowiem w zakresie pkt. 2 zmianą treści oferty polegającą na jej uzupełnieniu o oświadczenie o przyczynach i wymiarze zastosowanego zwolnienia z VAT. Tym samym ww. zmiana polega na uzupełnieniu treści oferty o treść nieistniejącą w chwili złożenia tejże oferty. Wybrany wykonawca w ww. wyjaśnieniach w pkt. 2 złożył nowe oświadczenie, które nie stanowiło pierwotnej treści oferty.

Odwołujący wskazał, że obowiązku wykazania nie można — jak uczynił to wybrany wykonawca — ograniczać jedynie do wpisania w treści formularza cenowego informacji o ilości godzin usługi, które zostały przeliczone przy zastawianiu stawki podatku 23% oraz przy zastosowaniu zwolnienia. Odwołujący przedstawił obszerną argumentację w zakresie interpretacji pojęcia „wykazać”.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Dla oceny zarzutu istotna jest okoliczność, że zamawiający w odpowiedzi na pytania z dnia 25 marca 2002 r. (Pytanie nr 3) wskazał: „Zamawiający odstępuje od wymogu składania indywidualnych interpretacji przez Wykonawców dla potwierdzenia ich uprawnienia do zastosowania zwolnienia z podatku VAT. Jednocześnie Zamawiający precyzuje, iż polecenie Wykonawca udokumentuje (np. w koncepcji wykonania usługi) na podstawie załączników i pozyskanych danych ilość godzin

podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług należy rozumieć jako obowiązek wskazania przez Wykonawców, w formie dokumentowej, np. w koncepcji wykonania usługi, wyłącznie ilości godzin, co do których Wykonawca zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług."

Z powyższego wynika, że zamawiający nie wymagał od wykonawców wykazania, ale wskazania, w formie dokumentowej, wyłącznie ilości godzin podlegających zwolnieniu z podatku od towarów i usług.

Tym samym za nietrafioną należy uznać szeroką argumentację odwołującego w zakresie interpretacji pojęcia „wykazać”. Z kolei sformułowanie „wskazać”, zgodnie ze „Słownikiem języka polskiego” PWN oznacza „pokazać, gdzie się ktoś lub coś znajduje”, „zwrócić uwagę na coś”, „poinformować o czymś”. Wymóg, by wskazanie to nastąpiło „w formie dokumentowej” należy interpretować zgodnie z treścią art. 77<sup>3</sup> Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Innymi słowy, uczynienie zadość obowiązkowi wskazania ilości godzin, wobec których wykonawca zastosował zwolnienie z VAT, mogło nastąpić poprzez przedłożenie dokumentu zawierającego taką informację. Wybrany wykonawca w wyznaczonym przez zamawiającego terminie złożył formularz ofertowy, w którym zawarł informacje na temat rodzajów wykonywanych usług, z ich rozbiciem na roboczogodziny i wskazaniem przy niektórych z nich stawki podatku VAT jako „zw”. W ocenie Izby zarówno forma przedłożonego nośnika (formularz ofertowy), jak i zawarte w nim informacje (ilość godzin, co do których wykonawca zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług), w pełni odpowiadają wymogom s.w.z. w zakresie wymaganych przez zamawiającego danych.

W tym kontekście bez znaczenia pozostaje ocena i kwalifikacja wyjaśnień składanych przez wybranego wykonawcę w trakcie dokonywanych przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert. Zamawiający był uprawniony do wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, niemniej jednak ostateczna ocena ich treści również należała do zamawiającego i nie mogła pozostawać w sprzeczności z postanowieniami s.w.z. i innymi dokumentami postępowania, w tym również udzielanymi wyjaśnieniami treści s.w.z. Skoro zamawiający sam doprecyzował, jak należy rozumieć wymóg udokumentowania ilości godzin zwolnionych z podatku od towarów i usług, to ocena dokumentów złożonych przez wybranego wykonawcę musiała referować do zasad, które zamawiający ustanowił w przedmiotowym postępowaniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 104 K.c. oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, mimo że oferta ta została podpisana



przez osobą nieumocowaną i tym samym jest nieważna na podstawie art. 104 zd. 1 K.c., a ww. wada nie podlega konwalidacji z uwagi na okoliczność, że oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba wskazuje, że do oferty wybranego wykonawcy zostały dołączone pełnomocnictwa: - Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi (z dnia 18 stycznia 2022 roku) dla Izan+ Sp. z o.o. w Krakowie, do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym między innymi do złożenia (w tym podpisania) oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do potwierdzenia za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów składanych w tym postępowaniu; pełnomocnictwo obejmuje również upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie udzielonego pełnomocnictwa;

- Izan+ Sp. z o.o. w Krakowie (z dnia 20 stycznia 2022 roku) dla Pani Ż. P., do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Izan+ Sp. z o.o. w Krakowie i Naprzód Hospital Sp. z o.o. w Łodzi, w tym do złożenia (w tym podpisania) oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do potwierdzenia za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów składanych w tym postępowaniu.

Analiza treści złożonych pełnomocnictw wskazuje, że Pani Ż. P., która podpisała ofertę w imieniu wybranego wykonawcy, była prawidłowo umocowana do dokonania tej czynności, a stosowne pełnomocnictwa zostały złożone wraz z ofertą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poinformował, że przygotowując oferty do udostępniania (w każdej ofercie była tajemnica przedsiębiorstwa) omyłkowo usunął z plików do udostępnienia pełnomocnictwo dla p. Ż. P. . Zamawiający powielił swój błąd w stosunku do wszystkim wykonawców wnoszących o udostępnienie ofert, gdyż przekazywał im ten sam plik „oferty do udostępnienia”.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania złożonej Izbie przez zamawiającego w formie elektronicznej i stwierdziła, że oferta wybranego wykonawcy zawiera wymagane pełnomocnictwa. Tym samym podniesiony w tym zakresie zarzut należało uznać za nieuzasadniony.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....