

**WYROK**  
**z dnia 14 listopada 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2014 roku przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o. o., z siedzibą dla Lidera w Połańcu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu błędu w obliczeniu ceny;
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Szczecinie** na rzecz wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **19 201 zł 77 gr** (słownie: dziewiętnastu tysięcy dwustu jeden złotych siedemdziesięciu siedmiu groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

**UZASADNIENIE**

W dniu 31 października 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie złożył wykonawca Impel Cleaning sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie zamówienia: „Usługa sprzątnia w obiektach SPWSZ w Szczecinie”, prowadzi Zamawiający Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 162-290644 w dniu 26.08.2014 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum: Derśław Sp. z o.o., Połaniec, DGP Clean Partner Sp. z o.o., Legnica, DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., Legnica, poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, że wybrany Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas, gdy Konsorcjum nie spełnia tych warunków;
- 3) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie przez Zamawiającego, że wybrany Wykonawca udowodnił, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia;
- 4) § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) poprzez wadliwe uznanie, że wybrany Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, mimo iż jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, mimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- 7) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejsza spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie wybranego Konsorcjum;
- 4) odrzucenie oferty wybranego Wykonawcy;
- 5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego zostanie uznana za ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu podniesiono, że Odwołujący w dniu 21 października 2014 r. otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Odwołujący nie może zgodzić się z taką decyzją Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, czynność dokonana przez Zamawiającego jest bezpodstawna i dokonana została z naruszeniem prawa, gdyż wybrany Wykonawca nie wykazał, że spełnia ustalone w postępowaniu warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.

Na mocy postanowień rozdziału V pkt 1 b) SIWZ Zamawiający stanowią, iż: Wykonawca spełni warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia w sytuacji, kiedy wykaze, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej 1 (jedno) zamówienia polegające na zamówieniu podobnym do objętej przedmiotem zamówienia. Za usługę podobną Zamawiający uzna usługę obejmującą świadczenie usług sprzątnięcia na terenie placówki ochrony zdrowia prowadzącej leczenie stacjonarne, dysponującą ilością co najmniej 300 łóżek, przy czym wartość rachunku miesięcznego z tytułu wykonania usługi wynosi minimum 150 000,00 zł brutto.

Dla potwierdzenia powyższego warunku udziału w postępowaniu wybrany Wykonawca w złożonej ofercie przedstawił wykaz usług, w którym zawarto usługę wykonywaną na rzecz Zamawiającego: Szpital Uniwersytecki w Ołomuńcu wraz z oświadczeniem Wykonawcy: MW-DIAS a.s. z siedzibą w Ostrawie o udostępnieniu potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Mając na względzie § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) Odwołujący podkreślił, że jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował

zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności: - zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, - sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, - charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, - zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący podnosi, że wybrany Wykonawca winien być wykluczony, gdyż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie. „Dla wykazania udostępnienia określonego potencjału zdobytego i należącego do innego niż wykonawca podmiotu (podmiotu trzeciego) konieczne jest w świetle dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - wykazanie Zamawiającemu przez wykonawcę, że ten będzie miał realną możliwość korzystania z tego potencjału w trakcie realizacji danego zamówienia (...)", (tak wyrok KIO 2292/13 z dnia 9 października 2013 r.). Odwołujący podnosił, że Zamawiający ma przeprowadzić badanie udostępnianego potencjału podmiotu trzeciego przez pryzmat § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający przywołał w SIWZ wprost wskazaną regulację prawną, więc nie sposób przypisać jej innego znaczenia aniżeli to, że założył - podobnie jak wskazany przepis to przewiduje - że będzie dokonywał badania zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, na którego potencjał wykonawca powołuje się, jak również sposobu wykorzystania tego potencjału przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, czy też zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy realizacji przedmiotu zamówienia. Przywołane okoliczności, w ocenie Odwołującego, nie zostały wykazane przez wybranego Wykonawcę w ofercie w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Przedłożone przez wybrane Konsorcjum dokumenty, tj. zobowiązania podmiotu trzeciego nie wykazują powyższych okoliczności. Rzeczne dokumenty jedynie w sposób literalny przywołują art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w treści zobowiązania podmiotu trzeciego, wskazując jedynie dodatkowo na przedmiot niniejszego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego i nazwę Zamawiającego. Z treści wskazanych zobowiązań wprost nie wynika, jakie konkretnie zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostały udostępnione wybranemu Wykonawcy. Przywołany w zobowiązaniu sposób wykorzystania zasobów wiedzy i doświadczenia przez wybranego Wykonawcę nie został przez podmiot udostępniający w sposób wiarygodny wykazany. W zobowiązaniu wskazuje się bowiem jedynie na doradztwo w zakresie optymalizacji metod i technik sprzątnia oraz efektywnego doboru środków czyszczących. Jak widać z powyżej opisanego zakresu udostępnienia potencjału, Wykonawca MW- DIAS a.s. udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie związane z wykonywaniem usługi na rzecz Zamawiającego: Szpital Uniwersytecki w Ołomuńcu, w sposób całkowicie ogólnikowy i w dodatku w bardzo ograniczonym zakresie. Udostępnienie obejmuje bowiem wyłącznie obszar wiedzy technologicznej dotyczącej usługi utrzymania czystości w jej wąskim aspekcie dotyczącym metod optymalizacji. Z literalnego brzmienia złożonego oświadczenia wynika zatem, że doradztwo nie będzie obejmować bieżącego wykonywania usługi w odniesieniu do organizowania działań Wykonawcy-oferenta i konkretnych procesów technologicznych, lecz wyłącznie - bliżej niesprecyzowanych zasad „optymalizacji” tych usług. Pozorność udostępnienia potencjału jest więc oczywista, gdyż nie wskazano żadnych aspektów działalności podmiotu udostępniającego. Analiza treści oświadczenia o udostępnieniu potencjału potwierdza także, że podmiot udostępniający potencjał zdaje się całkowicie pomijać, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt. 1.26 i następnie przedmiotem zamówienia publicznego są również czynności pomocy w obsłudze pacjentów.

Przekazanie potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający potencjał jest również wadliwe z tego powodu, że Wykonawca MW-DIAS a.s. nie ma w odniesieniu do usług pomocowych przy pacjentach żadnego doświadczenia, gdyż dołączona do oferty referencja Zamawiającego z dnia 18.08.2014r. nie potwierdza wykonywania czynności związanych obsługą pacjentów. Ponadto, Wykonawca nie wykazał w żaden sposób, czy to poprzez treść wskazanego zobowiązania, czy też inne dokumenty (dowody), na czym faktycznie owo doradztwo miałyby polegać i jak byłoby wykonywane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Należy tymczasem pamiętać, że w świetle tak art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ciężar wykazania - w pierwszym przypadku dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego i wykorzystaniem tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia, w drugim przypadku - spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym co do wiedzy i doświadczenia, w tym także w sytuacji opierania się w tym zakresie przez wykonawcę na potencjale podmiotu trzeciego spoczywa na wykonawcy. Ponadto Odwołujący zaznacza również, że „przepis § 1 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) wymaga podania szczegółowych elementów relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, jaka zwykle przybiera postać "zobowiązania podmiotu trzeciego", tj. podania sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Ten dokument, jaki jest składany w postępowaniu musi konkretyzować relację między jego stronami - powinno z niego wynikać, w jakim zakresie podmiot udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, i nie chodzi tylko o wskazanie, że będzie to podwykonawstwo, ale także o określenie jego zakresu - czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby, okresu tego świadczenia, a także relacji, jaka łączy go z wykonawcą (co zdaje się nawiązywać do ukształtowania albo przyrzeczenia na tym już etapie umowy o określonym charakterze, wskazania charakteru tej umowy). (...) Wszystkie elementy, jakie ustawodawca przewidział w przepisie § 1 ust 6 powołanego rozporządzenia mają służyć przekonaniu zamawiającego, że na etapie składania oferty wykonawca znajduje się w takiej sytuacji, że łączący go z innym podmiotem stosunek prawny (przyjmująca określone ramy prawne zapowiedź tego stosunku, co mieści się w pojęciu "charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem"), pozwala na jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Elementy treści dokumentu wskazują, że składany w postępowaniu dokument nie może mieć postaci ogólnej deklaracji, ale - jakkolwiek nie ma obowiązku, by miał już postać umowy łączącej wykonawcę z podmiotem trzecim - by zawierał co najmniej informacje i zobowiązania odnoszące się do zakresu i okresu udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia, a także określał stosunek, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Zakres wymaganych elementów składanego dokumentu powinien być bliski umowie między wykonawcą a podmiotem trzecim - dokument ten ma wyrażać stosunek o charakterze zobowiązaniowym podmiotu udostępniającego zasób i wykonawcy, który powołuje się w postępowaniu o zamówienie na taką relację. (...) Niezależnie od formy dokumentu, dla uznania za udowodnione dysponowania przez wykonawcę danym zasobem należącym do podmiotu trzeciego, konieczne jest przedstawienie zamawiającemu dokumentu opisującego taką relację, zawierającego wymagane przez powołany przepis rozporządzenia oraz SIWZ elementy. (...) Tylko dokument obrazujący określone relacje między wykonawcą a podmiotem udostępniającym mu określone zasoby pozwala na ocenę, że wykonawca znalazł się w konkretnej pozycji wobec innego podmiotu, że ten podmiot jest w określonym

zakresie i czasie zobowiązany wobec wykonawcy do określonego świadczenia. Tylko dokument pochodzący od tych podmiotów pozwala na ocenę, czy udostępnienie zasobów ma charakter realny.” (m.in. wyrok KIO 1439/13 z dnia 1 lipca 2013 r., wyrok KIO 1670/14 z dnia 28 sierpnia 2014r.).

Odwołujący stwierdził, iż wybrany Wykonawca winien być również wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż nie przedstawił dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Zgodnie z Załącznikiem nr 6 - Wykaz zamówień - Zamawiający stanowi, iż w przypadku korzystania Wykonawcy z zasobów innych podmiotów (niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków), Wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował doświadczeniem innych podmiotów, niezbędnym do realizacji zamówienia. W tym celu należy do powyższego wykazu dołączyć: pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - załącznik nr 9 do SIWZ; oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia - załącznik nr 3 A do SIWZ; aktualny odpis z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, W treści oferty wybranego Wykonawcy brak oświadczenia podmiotu udostępniającego potencjał o braku podstaw do wykluczenia, według brzmienia stanowiącego załącznik nr 3a do SIWZ. Tym samym Wykonawca nie udowodnił braku podstaw do wykluczenia, co winno skutkować jego wykluczeniem przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący stwierdził, iż wybrany Wykonawca w swoim formularzu ofertowym zaproponował w sposób bezprawny dwie stawki podatku VAT tj. stawkę 23% oraz zwolnienie od podatku. Podkreślić należy, iż w świetle obowiązujących przepisów podatkowych usługi utrzymania czystości wykonywane na rzecz podmiotów leczniczych świadczone przez podmioty zewnętrzne opodatkowane są wyłącznie stawką podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23%. Usługa sprzątnia nie została wymieniona w art. 43 ustawy o podatku od towarów i usług, zawierającego katalog zwolnień z podatku VAT. Zamawiający, przyjmując ofertę wybranego Konsorcjum, de facto wyraził akceptację dla kalkulacji podatku VAT w omawianej sytuacji tak, jakby przedmiotem postępowania przetargowego były dwie niezależne usługi, tj. odrębnie usługa w zakresie sprzątnia oraz odrębnie usługa w zakresie



czynności pomocniczych przy pacjencie (tj. usługa związana z usługami w zakresie opieki medycznej). Tymczasem w ocenie Odwołującego podejście jest niewłaściwe, jako iż w analizowanej sytuacji mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym (złożonym), gdzie jako świadczenie główne (podstawowe), determinujące charakter całego kompleksowego świadczenia, należy rozumieć usługi sprzątnia.

Na wstępie Odwołujący przytoczył kilka wyjaśnień odnośnie tzw. świadczeń kompleksowych (złożonych) w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który wielokrotnie wypowiadał się w tej tematyce. W oparciu przykładowo orzeczenie C-392/11 należy podkreślić, iż: „(...) w pewnych okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem, odpowiednio, prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jednolitą czynność, gdy nie są one niezależne (...)”; „(...) świadczenie występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jednolite nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny”; „(...) W tej sytuacji (...) należy zbadać, czy w niniejszym przypadku wykonywane świadczenia stanowią jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny, czy też obejmują one świadczenie główne, względem którego pozostałe świadczenia mają charakter dodatkowy.” „(...) jest tak również, jeżeli jednolite lub kilka świadczeń należy uznać za świadczenie główne, natomiast pozostałe świadczenie lub świadczenia stanowią świadczenie lub świadczenia dodatkowe, traktowane z punktu widzenia podatkowego tak jak świadczenie główne. (...)”. Podobne rozumienie prezentuje również MF, który przykładowo w interpretacji z 11.7.2014 r. (nr IBPP2/443- 303/14/BW) wskazał na następujące tezy: „(...) w sytuacji gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. (...)”. Natomiast aby móc wskazać, że dana usługa jest usługą złożoną (kompleksową), winna składać się ona z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu - do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. (...). Tak więc, o świadczeniu kompleksowym (złożonym) można mówić, gdy istnieje funkcjonalny związek pomiędzy poszczególnymi elementami świadczenia na tyle ścisły, iż nie jest ekonomicznie uzasadnione, aby wydzielać poszczególne jego elementy jako odrębne świadczenia, zaś wydzielenie to miałoby sztuczny charakter.

Jednocześnie, na bazie orzecznictwa TS UE należy wskazać, iż oceny tej dokonuje się także z perspektywy nabywcy (tutaj: Zamawiającego), bo przecież to właśnie perspektywa nabywcy jest podstawą do ustalenia, jaki był rzeczywisty charakter świadczenia. W odniesieniu do omawianego stanu faktycznego Odwołujący wskazał, w oparciu o dokumentację dotyczącą postępowania przetargowego, iż intencją Zamawiającego odnośnie pozyskania jednego kompleksowego świadczenia (tj. kompleksowych usług sprzątnia) została wyrażona w ocenie Odwołującego w sposób wystarczająco jasny poprzez następujące okoliczności:

- Zgodnie ze „Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia” (załącznik nr 1 do SIWZ), przedmiot przetargu został oznaczony jako „Świadczenie usług sprzątnia w obiektach SPWSZ w Szczecinie WRAZ z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie (CPV: 90.91.00.00-9)”, niemniej w formularzu ofertowym przedmiot przetargu (jak zasygnalizowano powyżej) został przez Zamawiającego określony już wyłącznie jako „Usługi sprzątnia w obiektach SPWSZ Szczecin”;
- konsekwentnie do powyższego Zamawiający w dalszej części formularza ofertowego nakazał podać stawkę ryczałtową mającą zastosowanie właśnie do usług sprzątnia w przeliczeniu na 1 m<sup>2</sup> w odniesieniu do określonych stref sanitarnych (zdefiniowanych jako wyznaczone obszary sprzątnia). Biorąc zatem pod uwagę całość dokumentacji przetargowej (treść formularza ofertowego oraz „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia”), w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób jasny (i konsekwentny) wskazał, iż jest zainteresowany pozyskaniem określonego kompleksowego świadczenia, którego świadczeniem głównym (podstawowym) będą usługi sprzątnia.
- Całość świadczenia - oznaczona w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” jako „usługi sprzątnia WRAZ z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie” została opatrzona w nomenklaturze CPV kodem 90.91.00.00-9, który jest właściwy dla usług sprzątnia; w efekcie, zastosowanie kodu potwierdza, iż w przedmiotowym świadczeniu kompleksowym (usługi sprzątnia wraz z usługami pomocniczymi przy pacjencie) występuje świadczenie główne (podstawowe) i są nimi usługi sprzątnia.
- W formularzu ofertowym cena jednostkowa wskazana została w przeliczeniu na 1m<sup>2</sup>, który jest jednostką miary właściwą dla usług sprzątnia (nie zaś usług pomocniczych przy pacjencie); formularz ofertowy nie przewiduje możliwości podania ceny jednostkowej (stawki ryczałtowanej dla usług pomocniczych przy pacjencie). W ramach „Wyjaśnień i zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z 25.09.2014 r.) SPWSZ wskazał, iż nie wyraża zgody na rozbicie formularza ofertowego w ten sposób, aby osobno wymieniał usługi sprzątnia i osobno usługi pomocnicze przy pacjencie. SPWSZ podkreślił, iż „Wykonawca obowiązany jest podać łączną cenę za usługę bez rozbicia na poszczególne składniki” (str. 10). Podobnie Zamawiający odpowiedział na pytanie odnośnie możliwości dokonania przez Odwołującego

odrębnej wyceny dla usług pomocniczych przy pacjencie. Co więcej, Odwołujący zaproponował zmianę w treści formularza ofertowego, tak aby przedmiot przetargu wskazywał obok usług sprzątanias również - jako usługi odrębne - usługi „pomocowe w obiektach SPWSZ”, jak również Odwołujący zaproponował podanie w formularzu odrębnie stawki ryczałtowej za świadczenie usług pomocowych z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT (str. 14 i 15 dokumentu). Niemniej, Zamawiający nie zgodził się z propozycją, przez co SPWSZ - w ocenie Odwołującego w sposób jednoznaczny - potwierdził wobec Odwołującego, jakie jest jego rozumienie przedmiotu zamówienia (iż ma to być usługa kompleksowa) oraz charakter kompleksowej usługi będącej przedmiotem zamówienia (iż świadczeniem głównym jest usługa sprzątanias). Ponadto, w ocenie Odwołującego zachodzi spójność w ramach całej dokumentacji dotyczącej postępowania przetargowego, iż przedmiotem świadczenia jest kompleksowa usługa o charakterze usług sprzątanias. Mając na uwadze treść opisaną powyżej dokumentacji przetargowej (w szczególności formularza ofertowego oraz Wyjaśnień i zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia), Odwołujący twierdzi, iż jest ona wyrazem tego, iż Zamawiający nie byłby zainteresowany pozyskaniem w sposób niezależny od usług sprzątanias usług pomocniczych przy pacjencie; pozyskanie usług pomocniczych przy pacjencie w ocenie Odwołującego nie stanowiło celu samego w sobie, lecz należy traktować tego rodzaju świadczenie jedynie jako element dodatkowy w ramach pewnego złożonego (kompleksowego) świadczenia, gdzie świadczeniem głównym (dominującym) miały być usługi sprzątanias (Zamawiający nie był zainteresowany pozyskaniem samych usług pomocniczych przy pacjencie, niezależnie od usług sprzątanias, lecz zawsze tylko jako element dodatkowy wchodzący w skład złożonego świadczenia).

W ocenie Odwołującego, przyjmując racjonalność podmiotu gospodarczego, jakim jest Zamawiający, należy również argumentować, iż jeśli jego intencją byłoby pozyskanie w ramach postępowania przetargowego dwóch odrębnych świadczeń, wówczas odpowiednio inaczej zostałaaby sformułowana treść formularza ofertowego, tzn. Zamawiający dokonałby w formularzu wyodrębnienia poszczególnych świadczeń i umożliwiłby podanie stawki podatku VAT właściwej dla każdego ze świadczeń osobno (tak jak to postulował Odwołujący). Ponadto, wówczas inna byłaby również odpowiedź Zamawiającego udzielona w ramach Wyjaśnień i zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z 25.9.2014 r.). Zamawiający w wyjaśnieniach udzielonych dn. 25.09.2014 w odniesieniu do pytania (zestaw 11, pyt. 16) „prosimy o wskazanie udziału % czynności objętych zwolnioną stawką podatku VAT w wartości miesięcznej całości usługi (np. 40% czynności objęte 23% stawką podatku VAT, 60% czynności objęte zwolnioną stawką podatku VAT)” odpowiedział, że „kalkulacja kosztów na podstawie rodzajów czynności należy do Wykonawcy”. Jak zatem

można wnioskować z udzielonej odpowiedzi, sam Zamawiający zakładał, iż Wykonawca musi skalkulować poszczególne czynności, jednocześnie nie dając możliwości objęcia ich preferencyjną, zwolnioną stawką podatku VAT i nie wyłączając ich z ze świadczenia usługi kompleksowej. Podobne stanowisko prezentuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok z 13 listopada 2012 r., sygn. KIO 2380/12.

Odwołujący wskazał, iż uznanie, iż usługi sprzątnia stanowią świadczenie główne, determinuje konsekwencje w podatku VAT dla całości świadczenia. Powyższe oznacza, iż nawet jeśli w ramach świadczenia złożonego (kompleksowego) byłyby składniki, które - postrzegane odrębnie (przy spełnieniu określonych warunków - mogłyby korzystać ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem VAT), to i tak dla celów podatku VAT „dzielą one los” świadczenia głównego, tj. w ramach świadczenia złożonego i tak podlegałyby opodatkowaniu według standardowej stawki podatku VAT - właściwej dla usług sprzątnia. Mimo intencji ze strony Zamawiającego odnośnie pozyskania świadczenia kompleksowego jasno - w ocenie Odwołującego - wyrażonej w dokumentacji przetargowej, wybrane Konsorcjum postąpiło tak, jakby przedmiotem zapytania ofertowego były - wbrew wyraźnemu oznaczeniu na formularzu ofertowym - dwa odrębne świadczenia, które podlegałyby opodatkowaniu każde według stawki podatku VAT właściwej dla odrębnego świadczenia. Powyższe postępowanie nie odpowiada przedmiotowi analizowanego postępowania przetargowego; postępowanie to byłoby dopuszczalne, gdyby przedmiotem postępowania byłyby dwa niezależne świadczenia, które - jak wynika z dokumentacji - nie występują. Mając na uwadze powyższe w ocenie Odwołującego postępowania Zamawiającego w zakresie przyjęcia oferty, gdzie wybrane Konsorcjum podało w odniesieniu do świadczenia kompleksowego oznaczonego jako usługi sprzątnia podatek VAT obliczony według stawki podstawowej, jak i stawki zwolnionej, stanowi naruszenie przepisów o podatku VAT w zakresie stawki VAT również w kontekście wykładni na gruncie tzw. świadczeń złożonych (wskazanej powyżej). Wykonawca, podając zatem w formularzu ofertowym dwie stawki podatku VAT z tytułu wykonywania jednego rodzaju czynności tj. sprzątnia, narusza przepisy ustaw podatkowych oraz art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach. Ceną jednostkową towaru (usługi) w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach jest cena ustalona za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach. Należy podkreślić, iż cena jednostkowa z tytułu wykonywania określonej czynności może być opodatkowana tylko i wyłącznie jedną, prawidłową stawką podatku VAT. Nie istnieje prawna możliwość, aby ta sama usługa podlegała jednocześnie opodatkowaniu stawką VAT 23% oraz zwolnieniu od opodatkowania podatkiem VAT. Niedopuszczalnym jest dokonanie przez podatnika ustalanie dowolnie

wybranej przez siebie stawki opodatkowania z tytułu określonego rodzaju czynności i opodatkowanie ceny jednostkowej na dwa różne sposoby, albowiem takie działanie uniemożliwia wystawienie prawidłowej faktury VAT oraz pozostaje w sprzeczności z przepisami prawa podatkowego. Zgodnie z art. 106e ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług faktura powinna zawierać m.in. datę wystawienia, nazwę (rodzaj) towaru, (...), stawkę podatku. Ustawa jednoznacznie określa, że do ceny jednostkowej z tytułu wykonania określonej usługi należy przyporządkować stawkę, a nie stawki podatku. Podkreślić należy bezwzględnie, iż Zamawiający w treści sformułowanego wzoru formularza ofertowego nie dokonał podziału pozwalającego na zastosowanie dwóch różnych stawek podatku za cenę jednostkową. Zapisy SIWZ w tym zakresie nie zostały zaskarżone przez żadnego z wykonawców. Uzasadnione jest zatem twierdzenie, iż wykonawcy uznali za prawidłowy przewidziany przez Zamawiającego sposób organizacji usługi oraz sposób dokonywania rozliczeń. Jeśli zatem wybrany wykonawca kwestionuje przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie, winien był wnieść odwołanie wobec treści SIWZ a nie dokonywać na etapie składania oferty bezprawnej, jednostronnej modyfikacji formularza ofertowego. Bierność wybranego wykonawcy wobec czynności Zamawiającego na etapie ogłaszania przetargu, pozbawia wybranego wykonawcy legitymacji do kwestionowania treści SIWZ na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgoda zaś Zamawiającego na bezprawne zmiany treści formularza, dokonane przez wybranego wykonawcę poprzez wybór jego oferty, w istocie prowadzi do próby poddania ocenie ofert nieporównywalnych. W związku z powyższym zastosowanie przez Wykonawcę w formularzu ofertowym niezgodnej z przepisami podatkowymi stawki podatku VAT jest błędem w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i w konsekwencji pociąga konieczności odrzucenia oferty. Należy wskazać, że stawka podatku VAT ma kluczowe znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ cena realizacji zamówienia publicznego odgrywa wiodącą rolę przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie podał, jaką stawkę VAT, które mają przyjąć Wykonawca i zastosować do obliczenia ceny. W sytuacji, gdy Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, wówczas nie występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi, iż brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ. W takim przypadku podanie przez Wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, niepodlegający poprawieniu przez Zamawiającego, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty. W ocenie Odwołującego w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach ustawodawca wyraźnie wskazał, że przez pojęcie ceny należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest

obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub za usługę. W cenie uwzględnia się m.in. VAT jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż podlega opodatkowaniu tym podatkiem. W świetle powołanego powyżej przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach nie może budzić wątpliwości fakt, iż podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. Tym samym uwzględniona w cenie brutto kwota podatku VAT w sposób istotny wpływa na wybór wykonawcy zamówienia publicznego, a ustalając cenę realizacji zamówienia wykonawca jest obowiązany do prawidłowego obliczenia należnego podatku.

W analizowanej sytuacji przyjęta przez Zamawiającego oferta, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, stanowi jednoznacznie argument przemawiający za odrzuceniem wybranej oferty. Za prawidłowością powyższego stanowiska przemawiają argumenty przedstawione poniżej. Zgodnie z treścią formularza ofertowego jako przedmiot omawianego postępowania przetargowego zostały wskazane „Usługi sprzątnia w obiektach SPWSZ Szczecin”. W ocenie Odwołującego, zastosowana nazwa usługi jest decydującym czynnikiem przy dokonywaniu kwalifikacji usługi dla celów podatku VAT, w efekcie - dla celów określania właściwej stawki podatku VAT. W świetle obowiązujących przepisów o podatku VAT usługa oznaczona jako usługa sprzątnia, nawet jeśli będzie wykonywana na rzecz podmiotu leczniczego, jakim jest SPWSZ w Szczecinie, podlega rozliczeniu dla celów podatku VAT według podstawowej stawki podatku VAT (w wysokości 23%). Usługa taka nie została wymieniona na gruncie przepisów o podatku VAT jako usługa podlegająca zwolnieniu z opodatkowania podatkiem VAT, w szczególności nie została wymieniona w katalogu zwolnień zawartym w art. 43 ustawy o podatku VAT. Zatem już z tego powodu postępowania Zamawiającego jest niewłaściwe, jako iż Zamawiający akceptował ofertę, która wskazuje na zastosowanie stawki podatku VAT, która nie wynika z przepisów o podatku VAT (nie jest przewidziana dla przedmiotowych usług sprzątnia). Przyjmując za słuszne, iż w przedmiotowym postępowaniu ofertowym występuje jedno świadczenie (kompleksowa usługa), należy podkreślić, iż Zamawiający zaakceptował postępowanie wybranego Konsorcjum, które dla jednej usługi zastosowało dwie stawki podatku VAT - stawkę podatku standardową oraz stawkę podatku VAT zwolnioną (wybrane Konsorcjum de facto podało przy cenie jednostkowej za 1m<sup>2</sup> powierzchni sprzątnia dwie (odmienne) stawki podatku VAT). Postępowanie to jest nie do zaakceptowania i uzasadnia odrzucenie wybranej oferty. Nie istnieje podstawa prawna, aby ta sama usługa podlegała jednocześnie opodatkowaniu VAT 23% oraz jednocześnie zwolnieniu od opodatkowania podatkiem VAT. Nie jest właściwe, aby dla danej usługi (tutaj kompleksowej usługi sprzątnia) stosować w

części stawkę podstawową, w części stawkę zwolnioną. Zidentyfikowana czynność podlegająca opodatkowaniu podatkiem VAT (tutaj usługa) nie może podlegać podziałowi pod względem stawki podatkowej. Wskazuje na to chociażby sam przepis art. 106e ustawy o podatku VAT w zakresie fakturowania, zgodnie z którym prawidłowo wystawiona faktura VAT powinna zawierać m.in. oznaczenie co do zakresu wykonanych usług, cenę jednostkową usługi, STAWKĘ podatku VAT. Z przepisów w zakresie fakturowania wyraźnie wynika, iż do ceny jednostkowej z tytułu wykonania określonej usługi należy przyporządkować STAWKĘ podatku, a nie STAWKI podatku (ustawodawca nie użył sformułowania w liczbie mnogiej, bo nie jest możliwe zastosowanie do jednostkowej ceny usług więcej niż jednej stawki VAT). Cena jednostkowa usługi jest najniższym poziomem, do którego należy „zejść”, aby ustalić właściwą stawkę VAT dla danego świadczenia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający, przyjmując ofertę Konsorcjum, de facto naruszył również przepisy w zakresie fakturowania, jak również przepisy ustawy o cenach. Odwołujący ponadto wskazuje, iż Zamawiający - z uwagi na wskazane powyżej nieprawidłowości w zakresie określenia podatku VAT należnego od przedmiotu objętego przetargiem (ceny brutto) - był obowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum, nie zaś do wyboru tej oferty. Odwołujący pragnie podkreślić, iż znaczenie prawidłowego obliczenia podatku VAT dla kwalifikacji całej oferty w postępowaniu oraz obowiązek Zamawiającego w zakresie weryfikowania prawidłowości obliczenia podatku rozstrzygnął Sąd Najwyższy w uchwale z 20.10.2011 r. (sygn.. akt: III CZP 52/11). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie podał, jaką stawką VAT mają przyjąć wykonawcy i zastosować do obliczenia ceny. W sytuacji, w której Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, wówczas NIE występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ. W takim przypadku podanie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawieniu przez Zamawiającego, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty. Ponadto, zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty zawierającą błędną nie wynikającą z przepisów prawa stawkę podatku VAT godzi w zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, ponieważ pozbawia ofertę cechy porównywalności. O porównywalności ofert w zakresie proponowanej ceny można bowiem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł.

W ocenie Odwołującego oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona również na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Potwierdzają powyższe stanowisko następujące uchybienia w ofercie Wykonawcy:

1. Zamawiający w odpowiedzi z dnia 25.09.2014 r. na pytanie VI o treści: „Pytanie VI a i d: Zamawiający w Załączniku nr 1.5 do SIWZ (Plan higieny szpitala) w tabelach pisze: a) „rolety, żaluzje - dezynfekcja” Prosimy o informację jakiego preparatu do dezynfekcji rolet i żaluzji oczekuje Zamawiający? d) „meble tapicerowane- dezynfekcja” Prosimy o wyjaśnienie jakiego preparatu oczekuje Zamawiający? udzielił odpowiedzi: „Zamawiający oczekuje preparatów dostosowanych do materiałów z jakich wykonane są rolety i żaluzje” oraz „Zamawiający oczekuje preparatów dostosowanych do mebli tapicerowanych.”

Wybrany Wykonawca w przedstawionym w ofercie Wykazie środków dezynfekcyjnych oraz myjących do rąk niezbędnych do wykonania usługi - zgodnie z zał. 1.3. nie uwzględnił żadnego preparatu, który może być stosowany do dezynfekcji rolet, żaluzji materiałowych oraz mebli tapicerowanych. Wobec tego nie jest w stanie poprawnie wykonać usługi, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Jego oferta nie spełnia zapisów SIWZ i podlega odrzuceniu.

2 Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 3.5.4 podał opis preparatu: „Powierzchnie trudnodostępne nie wrażliwe na działanie alkoholi (np. sprzęt komputerowy, sprzęt diagnostyczny) - preparaty na bazie minimum 3 substancji aktywnych, w tym 2 alkoholi, bez zawartości aldehydów w opakowaniach ze spryskiwaczem, oraz w systemie chustek zamkniętych. Zakres działania -B,V,F,TBC- 10 min. (średniomiesięczne zużycie u Zamawiającego opakowań w systemie chustek zamkniętych - 3,33 op. x 99 szt.)”

W odpowiedziach z dnia 25.09.2014r na pytanie nr IV a wyjaśnił, że dopuści działanie tego preparatu na wirusy HIV, HCV, HBV, Adeno, Papova, Rota, pozostawiając pozostałe zapisy bez zmian. Wybrany wykonawca w przedstawionym w ofercie Wykazie środków dezynfekcyjnych oraz myjących do rąk niezbędnych do wykonania usługi - zgodnie z zał. 1.3 wskazał preparaty Incidin Liquid Spray - preparat w opakowaniach ze spryskiwaczem oraz preparat Incides N - chusteczki alkoholowe. Oba preparaty zgodnie z przedstawionym wykazem zostały wskazane jako przeznaczone do szybkiej dezynfekcji i miejsc trudnodostępnych. Zgodnie z ulotką informacyjną preparat Incides N zawiera jedynie 2 substancje aktywne 2-propanol i 1- propanol, a nie jak wymagał Zamawiający minimum 3 substancje aktywne, w tym 2 alkohole. Poza tym ilość chusteczek w opakowaniu produktu Incides N wynosi 90 szt., a nie jak oczekiwał Zamawiający 99 szt. Tym samym wybrany



Wykonawca zaproponował preparat w formie chusteczek nie spełniający wymagań SIWZ. Ponadto Zamawiający oczekiwał jednego preparatu stosowanego zarówno w formie spryskiwacza jak i w formie chusteczek. Wykonawca w przedstawionym wykazie wskazał dwa różne preparaty do tej samej czynności, z czego jeden jest niezgodny z zapisami SIWZ. Oferta nie spełnia zapisów SIWZ i podlega odrzuceniu.

3 Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 3.5.5 podał opis preparatu: „Powierzchnie trudnodostępne, wrażliwe na działanie alkoholi (np. sprzęt komputerowy, sprzęt diagnostyczny, głowice ultrasonograficzne i inny sprzęt, zgodnie z zaleceniem producenta) na bazie glukoprotaminy, nie zawierający aldehydów. Opakowania ze spryskiwaczem, oraz w systemie zamkniętych chustek zanurzonych w preparacie. Zakres działania B,V,F,Tbc - 5 min. (średniomiesięczne zużycie u Zamawiającego opakowań w systemie chustek zamkniętych - 22,17 op. x 99 szt.)”. W odpowiedziach z dnia 25.09.2014r na pytanie nr IVb wyjaśnił, że dopuści działanie tego preparatu na wirusy HIV, HCV, HBV, Adeno, Papova, Rota, pozostawiając pozostałe zapisy bez zmian. Wybrany Wykonawca w przedstawionym w ofercie Wykazie środków dezynfekcyjnych oraz myjących do rąk niezbędnych do wykonania usługi - zgodnie z zał. 1.3 wskazał preparaty Incidin Foam - preparat w opakowaniach ze spryskiwaczem oraz preparat Sani Cloth Active - chusteczki bezalkoholowe. Oba preparaty zgodnie z przedstawionym wykazem zostały wskazane jako przeznaczone do dezynfekcji powierzchni mało i trudnodostępnych, wrażliwych na działanie alkoholi. Zgodnie z ulotką informacyjną preparat Sani Cloth Active zawiera jako substancję aktywną chlorek didecyldimetyloamoniowy, a nie jak wymagał Zamawiający preparat na bazie glukoprotaminy. Poza tym ilość chusteczek w opakowaniu produktu Sani Cloth Active wynosi 125 szt., a nie jak oczekiwał Zamawiający 99 szt. Tym samym wybrany Wykonawca zaproponował preparat w formie chusteczek nie spełniający wymagań SIWZ. Ponadto Zamawiający oczekiwał jednego preparatu stosowanego zarówno w formie spryskiwacza jak i w formie chusteczek. Wybrany Wykonawca w przedstawionym wykazie wskazał 2 różne preparaty do tej samej czynności, z czego jeden jest niezgodny z zapisami SIWZ. Oferta nie spełnia zapisów SIWZ i podlega odrzuceniu. Wobec powyższego

Wobec powyższego, Odwołujący wnosil jak na wstepie.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ wraz z załącznikami do niej, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców, którzy złożyli oferty, stanowisk**

**i oświadczeń stron i uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego byłaby wtedy ofertą najkorzystniejszą. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, ewentualne stwierdzenie naruszenia innych przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 3 listopada 2014 roku do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: „IZAN +” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – Lider konsorcjum oraz MEDASSIST Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i SPÓŁDZIELNIA INWALIDÓW NAPRZÓD W KRAKOWIE z siedzibą w Krakowie. Wykonawca nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym, z uwagi na niewykazanie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza przystąpienie, bowiem wykonawca składający przystąpienie dążył do unieważnienia postępowania, co nie mieściło się w żądaniach odwołania sformułowanych przez Odwołującego.

W dniu 3 listopada 2014 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: „DERSŁAW” Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu– Lider konsorcjum oraz DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy i DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawca na rozprawie wnosili o oddalenie odwołania w całości.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny w postępowaniu:**

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłanej przez Zamawiającego ustalono, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki o których mowa w art. 22 ust. 1, dotyczące (...) posiadania wiedzy i doświadczenia.

Opis warunku: Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej 1 (jedno) zamówienia polegające na zamówieniu podobnym do objętej przedmiotem zamówienia.

Za usługę podobną Zamawiający uzna usługę obejmującą świadczenie usług sprzątnięcia na terenie placówki ochrony zdrowia prowadzącej leczenie stacjonarne, dysponującą ilością co najmniej 300 łóżek, przy czym wartość rachunku miesięcznego z tytułu wykonania usługi wynosi minimum 150 000,00 zł brutto;

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał złożenia oświadczeń i dokumentów wymienionych w Rozdziale VI SIWZ. Z treści złożonych dokumentów musiało wynikać jednoznacznie, iż warunki Wykonawca spełnił. Zamawiający dokonywał oceny spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert w oparciu o złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty.

Wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wzór zobowiązania stanowił załącznik nr 9 do SIWZ. Zamawiający wymagał aby dokument wskazywał:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- 3) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- 4) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W przypadku podmiotów, o których mowa w pkt 4, przedkładane przez wykonawcę kopie dokumentów dotyczących każdego z tych podmiotów musiały być poświadczone za zgodność z oryginałem przez te podmioty.

W postępowaniu Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi w ramach wyjaśniania treści SIWZ mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu:

16. Czy Zamawiający dopuści do stosowania preparat do dezynfekcji miejsc trudnodostępnych, wrażliwych na działanie alkoholi (głowice USG, sprzęt medyczny), w systemie chusteczek zamkniętych, spektrum działania B,V ( osłonowe, noro),F – do 5min,Tbc – 15 min, substancje czynne - chlorek didecylodimetyloamoniowy a 125 szt w op.?

Odp.: Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

18. Czy Zamawiający dopuści do stosowania preparat do dezynfekcji miejsc trudnodostępnych, nie wrażliwych na działanie alkoholi, w systemie chusteczek zamkniętych, spektrum działania B,V,F,Tbc – 10 min, substancje czynne - dwa alkohole a 90 szt w op. ?

Odp.: Zgodnie z SIWZ.

Zwracam się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytanie:

1. Z załącznika nr 9 do SIWZ wynika, że w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia koniecznym będzie udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, natomiast udostępnienie wiedzy i doświadczenia może polegać też na doradztwie, konsultacjach, a tym samym udział podmiotu udostępniającego w realizacji nie jest konieczny. W związku z powyższym zwracam się z prośbą o modyfikację zapisów załącznika nr 9 do SIWZ, uwzględniającą możliwość braku udziału podmiotu trzeciego udostępniającego wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówienia.

Odp.: Zamawiający nie modyfikuje powyższego zapisu, ponieważ jest on prawidłowy, żąda natomiast zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ, wykazania na czym będzie polegał udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia czy np.: na doradztwie, konsultacji czy podwykonawstwie.

9. Wnioskujemy o rozbicie formularza ofertowego osobno na usługi sprzątnia oraz osobno na usługi pomocy przy pacjencie. Jest to konieczne do prawidłowego obliczenia ceny usługi, ponieważ na usługi sprzątnia i na usługi pomocy przy pacjencie obowiązują różne stawki podatku VAT.

Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody. Wykonawca zobowiązany jest podać łączną cenę za usługę bez rozbicia na poszczególne składniki.

10. Prosimy o informację, w jakiej pozycji w formularzu ofertowym Wykonawca ma wycenić czynności pomocnicze przy pacjencie?

Odp.: Wykonawca zobowiązany jest podać łączną cenę za usługę bez rozbicia na poszczególne składniki.

**Izba zważyła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, choć nie potwierdziły się wszystkie ujęte w nim zarzuty.**

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp istota sporu między Stronami sprowadza się do wyjaśnienia czy Przystępujący w złożonej ofercie zastosował i wskazał prawidłowe stawki podatku od towarów i usług dla tzw. usług pomocniczych przy pacjencie, wymienionych w OPZ, czy raczej zamawianą usługę sprzętania traktować należy jako świadczenie kompleksowe, do którego zastosować trzeba jedną, podstawową stawkę podatku VAT.

Przystępujący w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach wskazywał jako podstawę prawną zastosowania zwolnienia na usługi pomocnicze - art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2011, nr 177, poz. 1054 ze zm.) oraz powoływał się na Indywidualną Interpretację Podatkową Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 19 stycznia 2012 roku wydaną dla DERSŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu.

Art 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług stanowi, że zwalnia się z opodatkowania VAT usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawy towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza.

Zwolnienie określone w przywołanym przepisie ma charakter podmiotowo - przedmiotowy. Nie budzi wątpliwości Izby, okoliczność, że przesłanka podmiotowa określona w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług w odniesieniu do Przystępującego niewątpliwie zaistniała.

Jednak, w ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym nie zachodzi przesłanka przedmiotowa, co wyklucza możliwość powołania się na dyspozycję art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług jako przesłanki uzasadniającej zastosowanie zwolnienia od podatku. Z tych powodów także złożona indywidualna interpretacja podatkowa nie mogła być decydująca w zakresie możliwości skorzystania przez Przystępującego ze zwolnienia podatkowego i stosowania innej, niż podstawowa stawka podatku VAT.

Analiza zakresu przedmiotu zamówienia, jego charakteru, opisu dokonanego przez Zamawiającego oraz wszystkich udzielonych przez stronę Zamawiającą odpowiedzi na zapytania wykonawców, także w tym zakresie dotyczącym możliwości zastosowanych zwolnień podatkowych przy określeniu ceny za przedmiot zamówienia skłania do stwierdzenia, że usługi

pomocnicze personelowi medycznemu przy pacjencie, wymienione zostały w sposób wyczerpujący w załącznikach SIWZ. Zauważyć w tym zakresie przede wszystkim należy, że mają one charakter marginalny a ich wartość powinna być zawarta w cenie usługi sprzątnia. Ponadto nie są to usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, a raczej usługi związane z czynnościami porządkowymi i utrzymaniem porządku na sprzątanym obiekcie. Już sama złożona interpretacja podatkowa stanowi, że zwolnienie można zastosować, gdy powiązane jest ono z usługami podstawowymi, którymi w rozumieniu art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług powinny w takim wypadku być usługi w zakresie opieki medycznej. Tymczasem usługami o charakterze podstawowym w przedmiotowym postępowaniu są usługi odnoszące się do utrzymania czystości i porządku w pomieszczeniach Zamawiającego, a usługi „przy pacjencie” są tylko usługami o charakterze pobocznym, a zakres tych usług wpisuje się raczej w zakres czynności zmierzających do utrzymania czystości, niż do poprawienia stanu zdrowia pacjenta.

Należy jednoznacznie stwierdzić, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa utrzymania czystości i porządku, zaś czynności pomocnicze, określone w SIWZ są czynnościami ściśle związanymi z usługą podstawową tj. utrzymania czystości a nie jak twierdzi Przystępujący, są usługami w zakresie opieki medycznej, służącej profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Czynności polegające na udziale w transporcie chorych, pomoc przy myciu pacjenta, podtrzymanie pacjenta, czy też pomocy przy zaspokajaniu potrzeb fizjologicznych pacjenta mają charakter czynności porządkowych i są związane z usługą główną, polegającą na utrzymaniu czystości i pracach porządkowych szpitalu. Za uznaniem kompleksowości usługi przemawia budowa SIWZ, w tym m.in. budowa formularza ofertowego, w którym należało podać zryczałtowaną stawkę netto za świadczenie usługi sprzątnia za 1 m<sup>2</sup>.

Ponownie podkreślenia w ocenie składu orzekającego Izby podkreślenia wymaga okoliczność, że usługą podstawową, objętą przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania czystości w obiektach szpitala, która to usługa sama w sobie nie podlega zwolnieniu z VAT. Czynności w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia są świadczone przez personel szpitala. Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe utrzymanie czystości i porządku wraz z użyciem siły fizycznej przy niektórych tego wymagających czynnościach porządkowych pracowników wykonawcy jedynie do pomocy pracownikom Zamawiającego, a nie pomocy pacjentom. Aby możliwe było powołanie się na wymienione zwolnienie winno istnieć ściśle powiązanie pomiędzy świadczoną usługą a opieką nad pacjentem. Zdaniem Izby SIWZ nie przewidywała takiego powiązania, a Odwołujący nie zdołał wykazać, iż istotnie przedmiot zamówienia objęty

niniejszym postępowaniem uzasadnia zastosowanie zwolnienia określonego w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług. Do takiego wniosku prowadziła również analiza przedłożonej interpretacji podatkowej, gdzie organ skarbowy wprost odwoływał się do wykonywania czynności w zakresie opieki nad pacjentem polegających na pielęgnacji chorych, opieki nad nimi przez przeszkolony niższy personel medyczny i gdzie takie czynności powinny stanowić główny przedmiot zamówienia. Zatem podkreślić należy, że złożona przez Przystępującego interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 19 stycznia 2012 roku, nie mogła zostać przyjęta jako wiążące stanowisko w sprawie, z uwagi na okoliczność, że przedstawiony w niej stan faktyczny, w szczególności zakres wymienionych usług nie pokrywa się ściśle z rozpatrywanym stanem faktycznym, w których przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego utrzymania czystości i porządku w szpitalu a usługi pomocnicze, mają charakter marginalny i są związane z usługami porządkowymi.

W konsekwencji uznać należy, iż Zamawiający w tym zakresie dokonał nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego i złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. W ocenie składu orzekającego Izby, podczas ponownego badania i oceny ofert, oferta Przystępującego winna być na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w powiązaniu z naruszeniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.), to nie znalazły one potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Przystępujący wykazywał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przy pomocy potencjału przekazanego przez podmiot trzeci. W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymaga, czy wymienione w wykazie usług zadanie a także załączona do wykazu referencja potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby zadanie ujęte w wykazie usług przez Przystępującego mieści się i wypełnia dyspozycję ustalonego w postępowaniu warunku udziału w zakresie doświadczenia. Zamówienie dotyczy wykonywania usług sprzątania na rzecz placówki ochrony zdrowia, o określonej ilości łóżek i o określonej wysokości miesięcznego świadczenia usługi. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że wymienione zadanie realizowane było w zakresie węższym niż wynika to z opisu przedmiotu zamówienia, nie realizowano bowiem usług pomocniczych przy pacjencie. Niewątpliwie opis

przedmiotu zamówienia i opis warunków udziału w postępowaniu są ze sobą nierozzerwalnie powiązane, jednakże powyższe nie oznacza, że ustalając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający wymagać musi doświadczenia stricte odpowiadającego każdemu elementowi świadczenia usługi, który wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu konstruowane są w ten sposób, aby wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem tożsamym, co nie oznacza dokładnie identycznym, takim samym jak opis przedmiotu zamówienia, a raczej doświadczeniem wpisującym się w główne wymagania opisu przedmiotu zamówienia, pozwalającym jednocześnie na należyte wykonywanie usługi. W taki sposób właśnie ustalono warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu, gdzie wykonawca nim zainteresowany miał udowodnić, że posiada doświadczenie w realizowaniu usług polegających na sprzątaniu na terenie placówki ochrony zdrowia, bez bliższego określenia co w zakres owego sprzątnia wchodzi. W takiej sytuacji nie można zgodzić się z Odwołującym, że z wykazu przedstawionego przez Przystępującego nie wynika spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Co do okoliczności ujętych w referencji będącej częścią wykazu usług, to za Przystępującym powtórzyć należy, iż referencje mają za zadanie potwierdzić należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie. Nie jest zatem właściwe prezentowanie stanowiska, zgodnie z którym referencje winny zawierać elementy odnoszące się do brzmienia warunku. Zgodnie z bogatym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca. Nie dyskwalifikuje zatem referencji brak szczegółowego odniesienia się do ustalonego w konkretnym postępowaniu warunku udziału. Złożone przez Przystępującego wraz z wykazem usług referencje potwierdzają należyte wykonanie zamówienia.

Co do możliwości udowodnienia spełniania warunku udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, to dla potwierdzenia udostępnienia określonego potencjału należącego do innego niż wykonawca podmiotu (podmiotu trzeciego) konieczne jest – w świetle dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – wykazanie Zamawiającemu, że wykonawca będzie miał realną możliwość korzystania z tego potencjału w trakcie realizacji danego zamówienia. Zamawiający ma w postępowaniu ocenić, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy łączący wykonawcę z tymi podmiotami stosunek gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.



W przedmiotowej sprawie, Zamawiający w SIWZ wskazał na możliwość badania udostępnianego potencjału podmiotu trzeciego przez pryzmat § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Do tej regulacji prawnej odwoływał się wprost ustalony w postępowaniu wzór zobowiązania stanowiący załącznik do SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby zawarte w przywołanych regulacjach prawnych okoliczności faktyczne i prawne wynikają ze złożonego przez Przystępującego zobowiązania podmiotu trzeciego. Złożone zobowiązanie wskazuje na przedmiot prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nazwę Zamawiającego. Z jego treści wynika wprost jakie konkretnie zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostały udostępnione przez podmiot trzeci (jest odwołanie do realizowanej przez podmiot trzeci umowy ze szczegółowym określeniem przedmiotu umowy), szczegółowo określono również w jakim zakresie następuje udostępnienie wiedzy i doświadczenia - w jakiej części zamówienia podmiot trzeci będzie pełnił rolę doradcy, konsultanta - oraz wyznaczono charakter, w jakim działał będzie podmiot trzeci, a także podano na jakiej podstawie odbywały się będą czynności doradcze. Informacje wynikające z przedłożonego zobowiązania uznano za wystarczającego do oceny, czy przekazanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia nastąpiło w sposób realny i gwarantujący Zamawiającemu rzeczywistą możliwość korzystania przez wykonawcę (Przystępującego) z zasobów podmiotu trzeciego.

Nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący na rozprawie w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, że w wykazie środków dezynfekcyjnych, poza preparatami wskazanymi w odwołaniu, do czyszczenia określonych powierzchni przewidziano także inne preparaty, których właściwości Odwołujący nie zakwestionował. Jeżeli preparaty wymienione przez Odwołującego w odwołaniu, były wskazane dodatkowo, to fakt ten nie może stanowić za koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Słusznie zauważył na rozprawie Przystępujący, że Zamawiający dopuścił zastosowanie innych, niezbędnych środków dezynfekcyjnych do wykonania przedmiotu zamówienia poza tymi, których właściwości określono w SIWZ, jeżeli wykonawca uzna, że są one konieczne do prawidłowego realizowania usług.

Zgodzić należy się także z Zamawiającym i Przystępującym, że składając ofertę nie należało zaproponować materiałów (tj. chusteczek) w opakowaniach o określonej ilości sztuk. Odpowiadając na pytania Zamawiający nie wskazywał na konkretną ilość w opakowaniu danego preparatu ale odnosił się do średniej zużywalności chusteczek, tak aby wykonawca składając ofertę mógł prawidłowo skalkulować odpowiednią ilość materiałów niezbędnych do realizacji usługi. Kwestią drugorzędną pozostawało, jakie opakowania

zapropnuje wykonawca. Ważniejsze było natomiast, aby zaproponowano preparaty posiadające określone ściśle właściwości, za pomocą których możliwe będzie czyszczenie określonych powierzchni.

Reasumując w ofercie Przystępującego ujęto preparaty w odpowiedniej ilości spełniające wymagania opisane w SIWZ i preparaty dodatkowe, których ujęcie nie świadczy o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Choć nie potwierdziły się wszystkie zarzuty odwołania, to w ustalonym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji, ponieważ potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp warunkujący dalszy udział Przystępującego w postępowaniu. Konieczne okazało się nakazanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

**Przewodniczący:**