

WYROK

z dnia 22 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego DGP Clean Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, Przedsiębiorstwo Usługowo Gos – Zec spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, DGP Dozorbud Grupa Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy oraz SEBAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez SP ZOZ w Kędzierzynie Koźlu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Impel Cleaning spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Spółki komandytowej we Wrocławiu, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego DGP Clean Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, Przedsiębiorstwo Usługowo Gos – Zec spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, DGP Dozorbud Grupa Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy oraz SEBAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego DGP Clean Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, Przedsiębiorstwo Usługowo Gos – Zec spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, DGP Dozorbud Grupa Polska spółkę

z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy oraz SEBAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [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 Opolu.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Świadczenie usługi sprzątnia, dezynfekcji, transportu wewnętrznego dla SP ZOZ w Kędzierzynie – Koźlu*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej ustawą.

II. Zamawiający w dniu 29 czerwca 2015 r. rozstrzygnął postępowanie, dokonując wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego DGP Clean Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, Przedsiębiorstwo Usługowe Gos – Zec spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, DGP Dozorbud Grupa Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy oraz SEBAN spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach.

III. Odwołujący złożył odwołanie, kierując zarzuty wobec zaniechania dokonania oceny, czy zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa części informacji zawartych przez w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy było skuteczne, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, mimo, iż złożenie przez wykonawcę oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a także z uwagi na to, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, jak również zawiera błąd w obliczeniu ceny, zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy, w sytuacji gdy Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania w sprawie zawisłej pod sygn. akt KIO 1259/15 uzasadniające odrzucenie oferty Konsorcjum Impel, a wezwanie do wyjaśnień treści oferty Konsorcjum Impel w wykonaniu żądania tego odwołania potwierdziło zasadność zarzutów i w konsekwencji konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy, o czym Zamawiający poinformował Odwołującego pismem przesłanym w dniu 2 czerwca 2015 r.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż w ofercie wykonawcy znajduje się błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, gdy złożenie tej

oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegające na manipulacji wysokością części ceny w zakresie usług zwolnionych od podatku VAT [„przerzucaniem” kosztów wykonania usług innych niż usługi zwolnione od podatku VAT do tego elementu ceny], by poprzez zwolnienie od podatku VAT uzyskać niższą cenę oferty i wyeliminować konkurentów, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, poprzez uwzględnienie przez wykonawcę w kosztach usługi pomocniczej zwolnionej z VAT innych usług składających się na przedmiot zamówienia i przerzucenie w ten sposób kosztów, pomimo tego, że Zamawiający określił sposób skorelowania zakresu usług pomocniczych do ceny, art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę z dnia 26.06.2015 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i nieudostępnienie całości wyjaśnień wykonawcy, pomimo tego, że zawarte w nich informacje nie spełniają przesłanek, o których mowa art. 11 ust. 4 uznk, a zatem nie mogą stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy, art. 186 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy, w sytuacji gdy Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania w sprawie zawisłej pod sygn. akt KIO 1259/15, uzasadniające odrzucenie oferty Konsorcjum Impel, a wezwanie do wyjaśnień treści oferty Konsorcjum Impel w wykonaniu żądania tego odwołania potwierdziło zasadność zarzutów i w konsekwencji konieczność odrzucenia oferty tego Wykonawcy. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania oferty, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający zawiadomił Odwołującego o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. Oferta wykonawcy została przez Zamawiającego ponownie oceniona jako oferta odpowiadająca wymogom SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa, a nadto jako najkorzystniejsza pod względem cenowym. Powyższe stanowisko Zamawiającego nie może zostać uznane za prawidłowe. Przedmiotem niniejszego postępowania jest usługa

w zakresie kompleksowego utrzymania czystości. W jej ramach wykonawca jest zobowiązany do: 1) świadczenia usług w zakresie kompleksowego specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu w szpitalach, przychodniach, poradniach zgodnie z Planem Higieny, 2) utrzymania porządku i czystości terenów zewnętrznych, 3) transportu wewnętrznego, 4) czynności pomocowych polegających na czynnym udziale personelu sprzątającego w opiece nad pacjentem [cz. III pkt 1 SIWZ]. Zamawiający wskazał, wyjaśniając treść SIWZ, iż usługi przy pacjencie stanowią ok. 20% całości usługi [vide: odpowiedź nr 12 w wyjaśnieniach treści SIWZ nr 1 z dnia 29.04.2015 r.]. Dla usług składających się na przedmiot zamówienia ustawodawca przewidział różny sposób opodatkowania podatkiem od towarów i usług [zw., 8%, 23%]. Fakt ten potwierdził Zamawiający. W formularzu ofertowo – cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 3, rubryce 5 [stawka podatku VAT], wskazał następujące stawki: zw., 8%, 23 %, zaznaczając przy tym, że „Zamawiający dopuszcza wpisanie różnych stawek podatkowych w zależności od zakresu usługi [zwolniony, 8%, 23%].” Przedmiotem zamówienia było zatem kilka, niezwiązanych ze sobą usług, dla których powinny zostać przyjęte różne stawki podatku VAT w zależności od ich zakresu. Usługi pomocnicze przy pacjencie, podlegające zwolnieniu z podatku VAT, zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ udzielonymi przez Zamawiającego, wynoszą ok. 20% całości usługi [odpowiedź na pytanie 12]. Natomiast usługi transportu wewnętrznego w zakresie, w jakim podlegają one zwolnieniu od podatku VAT, przy uwzględnieniu rynkowej wartości tej usługi, wynoszą ok. 4% całości usługi. Cena za wykonanie usług objętych zwolnieniem od podatku VAT w postępowaniu powinna zatem uwzględniać, że usługi te stanowią łącznie ok. 24% całości usługi. Oferty w postępowaniu złożyło 5 wykonawców. Wyboru oferty konsorcjum Impel nie można uznać za prawidłowy. Z treści oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wynika, że różnica pomiędzy ceną netto [7.362.000,00 zł], a ceną brutto [7.535.160,00 zł] za świadczenie usługi objętej przedmiotem zamówienia wynosi jedynie 2,5%. To natomiast prowadzi do wniosku, że znaczną część ceny netto podanej w Formularzu [więcej niż 70%] stanowi cena za wykonanie usług objętych zwolnieniem od podatku VAT. Przy czym, zakładając, że w przeważającym zakresie w pozostałej części – nieobjętej przez wykonawcę zwolnieniem od VAT – cena przedmiotu zamówienia odnosi się do usług opodatkowanych stawką 23%, oznaczałoby to, że więcej niż 89% ceny przedmiotu zamówienia odnosiłoby się do czynności zwolnionych przez Wykonawcę od podatku VAT [2,5% z ceny oferty = 173.160, zakładając, że kwota ta stanowi podatek VAT obliczony stawką 23%, to 100% ceny tej usługi opodatkowane tym podatkiem wynosi 752.869,56 zł, co stanowi 10.22 % ceny oferty netto]. Przyjęty przez wykonawcę model kształtowania ceny zakładający, że ok. 24% całości usługi zostało wycenionych na poziomie przekraczającym 70% ceny oferty, nie był uzasadniony zakresem usług objętych zwolnieniem od podatku VAT, w tym

obowiązującymi przepisami podatku VAT. Dla jego przyjęcia nie istniały jakiegokolwiek obiektywne ekonomiczne podstawy. Skutkiem przyjęcia go przez wykonawcę było to, że Odwołujący pomimo tego, że zaproponował niższą cenę netto [7.213.320,00 zł] o 148.680,00 zł, niż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza [7.362.000,00 zł], nie otrzymał przedmiotowego zamówienia. Przyjęty przez wykonawcę model nie miał zatem na celu zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu poprzez konkurowanie ceną, lecz jedynie wykorzystanie proporcji usług, której wynikiem było przyjęcie określonej, korzystnej dla wykonawcy stawki podatku VAT i uzyskanie w ten sposób przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru oferty wykonawcy, zgodnie z którym, bez względu na to, jakiego sposobu użył wykonawca dla przyjęcia określonej, korzystnej dla niego stawki podatku VAT na poziomie 2,5%, wobec braku uzasadnienia ku temu jakichkolwiek podstaw natury ekonomicznej i prawnej, jego oferta – w każdym przypadku – powinna zostać odrzucona. Jeżeli bowiem w niniejszej sprawie różnica pomiędzy wartością brutto, a wartością netto ceny ofertowej wykonawcy stanowi wynik zastosowania przez wykonawcę zwolnienia od podatku VAT, w części zwolnieniu temu nie podlegającej, oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z uwagi na to, że w ofercie wykonawcy znajduje się błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT. Jeżeli natomiast przyjęty przez wykonawcę model kształtowania ceny polegał na przerzucaniu kosztów wykonania usług podlegających zwolnieniu z VAT do tego elementu ceny, by poprzez zwolnienie od podatku VAT uzyskać niższą cenę oferty i wyeliminować konkurentów, to jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 7 ust. 1 ustawy, a także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Złożone wyjaśnienia wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, do których Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę, nie mogły zmienić sytuacji prawnej wykonawcy. Jego oferta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 17.06.2015 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu a konsorcjum Impel, które przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie wniosło sprzeciwu, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie – sygn. akt KIO 1259/15. Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie: a) odpowiedzi na pytanie, jaka stawka podatku VAT [8%, 23% czy zwolnienie] została zastosowana dla poszczególnych zakresów usługi [czynności przedmiotu zamówienia], b) podania

uzasadnienia zastosowanej stawki VAT dla tych czynności, oraz c) odpowiedzi *Jak się kształtuje stosunek [składniki] zaoferowanej ceny dla poszczególnych zakresów usługi [czynności przedmiotu zamówienia], w zależności od podatku VAT*. Udzielając odpowiedzi na powyższe pytania, wykonawcy powinni byli uwzględnić odpowiedź nr 12 w wyjaśnieniach treści SIWZ nr 1 z dnia 29.04.2015r. o treści: *„Pytanie 12: Prosimy o określenie, jaki procent całości usługi stanowią usługi pomocnicze przy pacjencie? Odpowiedź: Jest to ok. 20% całości usługi”*.

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż w ofercie wykonawcy znajduje się błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT. Konsorcjum Impel, udzielając odpowiedzi, potwierdziło zarzut podniesiony w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 1259/15, iż jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zamawiający pomimo złożonego wniosku Odwołującego z dnia 25.06.2015 r. o udostępnienie wyjaśnień wykonawcy oraz wniosku o ich odtajnienie z dnia 01.07.2015 r. nie udostępnił Odwołującemu całości tych wyjaśnień, mimo faktu, że zawarte w nich informacje nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [t.j. Dz.U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.]. Już udostępniona część wyjaśnień jednoznacznie wskazuje, że oferta wykonawcy Konsorcjum Impel zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT poprzez błędne przyjęcie, że usługi objęte przedmiotem niniejszego postępowania, podlegające zwolnieniu [polegające m.in. na świadczeniu usług w zakresie opieki medycznej], stanowią usługę zasadniczą, a pozostałe usługi [w tym usługi kompleksowego specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu w szpitalach, przychodniach, poradniach zgodnie z Planem Higieny], stanowią jedynie środek do lepszego ich wykorzystania [wykonania], tj. zastosowanie do niniejszego postępowania modelu opodatkowania opartego na przyjęciu tzw. usługi kompleksowej, podczas, gdy brak było ku temu jakichkolwiek podstaw. Dla usług składających się na przedmiot zamówienia ustawodawca przewidział różny sposób opodatkowania podatkiem od towarów i usług [zw., 8%, 23%]. Zwolnienie z podatku obejmuje swoim przedmiotem jedynie: czynności pomocowe polegające na czynnym udziale personelu sprzątającego w opiece nad pacjentem oraz transportu wewnętrznego, w zakresie, w jakim usługi te stanowią usługi opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia świadczone na rzecz zakładów opieki zdrowotnej na ich terenie albo wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze.

Podstawą powyższego zwolnienia jest art. 43 ust. 1 pkt 18 lub art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług [t.j. Dz.U. z 2011 Nr 177 poz. 1054, zwana dalej „ustawą o VAT”]. Zgodnie z art, 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT zwalnia

się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza. W art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy VAT określono natomiast, że zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Wobec powyższego zwolnieniu powyższemu nie podlega: 1) świadczenie usług w zakresie kompleksowego specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu w szpitalach, przychodniach, poradniach zgodnie z Planem Higieny. Zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT, świadczone usługi co do zasady należy opodatkować podstawową stawką VAT wynoszącą 23%. 2) świadczenie usług utrzymania porządku i czystości terenów zewnętrznych. Zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2016 r. stawka podatku tych usług wynosi 8%. W załączniku nr 3 do ustawy o VAT pod pozycją 174 mieszczą się „usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu” – PKWiU 81.29.12.0. oraz pod pozycją 176 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”. Co do zasady zwolnieniu powyższemu nie będzie podlegać usługa transportu wewnętrznego. Zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług świadczone usługi co do zasady należy opodatkować podstawową stawką VAT wynoszącą 23%. Usługi te będą podlegać zwolnieniu podatkowemu w zakresie, w jakim dotyczą one czynności polegających na: a) pomocy przy transportowaniu pacjentów do poradni, zakładów, i innych jednostek organizacyjnych Zamawiającego w Sali operacyjnej pomocy przy przekładaniu pacjenta po każdym zabiegu b) transporcie pacjentów w pozycji siedzącej lub leżącej: – na konsultację z oddziałów szpitalnych do innych oddziałów szpitalnych – z oddziałów szpitalnych do pracowni Szpitala m.in. Spirometrii, UKG, Zakładu diagnostyki obrazowej i pracowni endoskopowej, Wreszcie objęte zwolnieniem zostały przez ustawodawcę czynności pomocowe polegających na czynnym udziale personelu sprzątającego w opiece nad pacjentem – w zakresie przedmiotowym określonym art. 43 ust. 1 pkt [18] 18a ustawy VAT, na podstawie którego to przepisu zwolnieniu podlegają m.in. czynności polegające na: a) pomocy i czynnym udziale przy myciu pacjentów, b) pomocy przy zmianie pozycji w łóżku, c) pomocy przy przełożeniu pacjenta na łóżko po zabiegu, na wózek transportowy na stół rtg itp., d) pomocy przy zmianie pampersów pacjentom, e) pomocy przy ubieraniu, rozbieraniu pacjentów oraz przy zmianie bielizny, f) asystowaniu pacjentom przy korzystaniu z toalety i łazienek, g) podawaniu na prośbę pacjenta i odbieranie basenów, kaczek, nocników, misek nerkowatych, misek do mycia i pomoc w ich użyciu i użyciu artykułów higienicznych, h)

opróżnianiu ssaków z wydalini, i) reagowaniu na alarmy z sal pacjentów np: podanie basenu, odebranie basenu. Wykonawca zastosował zwolnienie podatkowe nie tylko w zakresie opisanym wyżej, w jakim do tego był uprawniony przez przepisy ustawy VAT, ale w znacznie szerszym zakresie, bo także do usług temu zwolnieniu nie podlegających. W niniejszym postępowaniu w formularzu oferty [w załączniku numer 1 do SIWZ – Formularzu Ofertowo–Cenowym] wykonawca był zobowiązany do wskazania oferowanej ceny za całość zamówienia [ceny netto i brutto], a więc bez rozbicia na pozycje w zależności od rodzaju usług i ustanowionych dla nich stawek podatku VAT [zw., 8%, 23%]. Z treści oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wynika, na co wskazywano wyżej, że różnica pomiędzy ceną netto, a ceną brutto za świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia wynosi jedynie 2,5%. Powyższe prowadzi do wniosku, że znaczną część ceny netto podanej w Formularzu [więcej niż 70%] stanowi cena za wykonanie usług objętych zwolnieniem od podatku VAT. Taki sposób ukształtowania ceny oferty odbiega od tego, jaką część usługi stanowią usługi podlegające zwolnieniu od VAT. Wskazać należy, że usługi pomocnicze przy pacjencie, zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ udzielonymi przez Zamawiającego, podlegające zwolnieniu, wynoszą ok. 20% całości usługi [odpowieź na pytanie 12]. Natomiast usługi transportu wewnętrznego, w zakresie w jakim podlegają one zwolnieniu, przy uwzględnieniu rozmiaru tej usługi, wynoszą ok. 4% całości usługi. Cena za wykonanie usług objętych zwolnieniem od podatku VAT powinna zatem uwzględniać, że usługi te stanowią łącznie ok. 24% całości usługi. Z treści oferty wykonawcy wynika natomiast, że dla obliczenia ceny przyjął wartość prawie trzykrotnie wyższą. Powyższe prowadzi, do wniosku, że wykonawca – celem uzyskania zamówienia – dopuścił się manipulacji ceną ofertową. Przy czym, jeżeli w niniejszej sprawie różnica pomiędzy wartością brutto, a wartością netto ceny ofertowej Wykonawcy stanowi wynik zastosowania przez wykonawcę zwolnienia od podatku VAT, w części zwolnieniu temu nie podlegającej, oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z uwagi na to, że w ofercie wykonawcy znajduje się błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT. Jeżeli natomiast przyjęty przez wykonawcę model kształtowania ceny polegał na przerzucaniu kosztów wykonania usług podlegających zwolnieniu VAT do tego elementu ceny, by poprzez zwolnienie od podatku VAT uzyskać niższą cenę oferty i wyeliminować konkurentów, to jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 7 ust. 1 ustawy, a także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Fakt zastosowania błędnej stawki podatku VAT potwierdzają złożone w dniu 18.06.2015 r. wyjaśnienia. Dla uzasadnienia zastosowanej stawki podatku VAT Konsorcjum Impel

przedłożyło interpretację Ministra Finansów z dnia 16 lipca 2012 r. Abstrahując od faktu, iż interpretacja ta została wydana na potrzeby innego postępowania i Krajowa Izba Odwoławcza, organy podatkowe i Zamawiający, nie są nią związane, to przedstawiony tam stan faktyczny jest na tyle odmienny, aniżeli występujący w niniejszym postępowaniu, iż pozwala na wyciągnięcie wniosku, że zastosowanie się do tej interpretacji w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę mogło prowadzić jedynie do odrzucenia jego oferty poprzez zastosowanie błędnej stawki podatku VAT. Przedstawiona interpretacja zakłada, że „*głównym celem świadczonych przez Wnioskodawcę Usług jest [...] wykonywanie czynności służących szeroko pojętej opiece medycznej na pacjentami innych podmiotów leczniczych*” [str. 2 i 7 interpretacji], a „*nadto czynności będą świadczone przez zakład opieki zdrowotnej i będą to czynności ściśle związane z podstawową usługą opieki medycznej świadczoną przez szpital*” [str. 11 interpretacji]. W niniejszym postępowaniu nie zachodzi opisany wyżej stan rzeczy. Głównym celem świadczonych przez wykonawców w nim usług nie jest wykonywanie czynności służących opiece medycznej. Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia był zobowiązany do wykonania – obok czynności służących opiece medycznej polegających na czynnym udziale personelu sprząającego w opiece nad pacjentem [ok. 20% całości usługi zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego] – usług polegających na: – świadczeniu usług w zakresie kompleksowego specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu w szpitalach, przychodniach, poradniach zgodnie z Planem Higieny, – utrzymania porządku i czystości terenów zewnętrznych, – transportu wewnętrznego [za wyjątkiem części nie dotyczącej transportu pacjenta], a więc usług, których wykonanie stanowi cel sam w sobie, które nie są ściśle związane z usługą dotyczącą opieki medycznej nad pacjentem i nie są niezbędne do ich wykonania, a których celem jest osiągnięcie dodatkowego dochodu przez wykonawcę. Przedmiotem postępowania nie jest zatem kompleksowe świadczenie opieki medycznej nad pacjentami innych podmiotów leczniczych, ale zgodnie z podziałem dokonany przez Zamawiającego w SIWZ, świadczenie usług: 1) w zakresie kompleksowego specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu w szpitalach, przychodniach, poradniach zgodnie z Planem Higieny, 2) utrzymania porządku i czystości terenów zewnętrznych, 3) transportu wewnętrznego, 4) czynności pomocowych polegających na czynnym udziale personelu sprząającego w opiece nad pacjentem [cz. III pkt 1 SIWZ]. W postępowaniu nie zachodzi zatem sytuacja, w której czynności pomocowe stanowią usługę zasadniczą, a pozostałe usługi stanowią jedynie środek do lepszego ich wykorzystania [wykonania]. Przy czym nie tylko dlatego, że usługi pomocnicze stanowią jedynie 20% przedmiotu zamówienia, a suma usług podlegających zwolnieniu stanowi 24%, ale w szczególności z uwagi na to, że pozostałe, ww. usługi, nie są ściśle związane z usługą dotyczącą opieki medycznej nad pacjentem i nie są niezbędne do jej wykonania. Nie znajduje zatem zastosowanie

uzasadnienie prawne opierające się na orzecznictwie TSUE, szeroko przywoływane w interpretacji przedłożonej przez Konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Service Company Sp. z o.o. s.k., a dotyczące tzw. usługi kompleksowej. Fakt ten wynika nie tylko z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, ale także z zapisów SIWZ. Zamawiający w formularzu ofertowo – cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 3, rubryce 5 [stawka podatku VAT], wskazał następujące stawki zw. 8%, 23 %, zaznaczając przy tym, że *„Zamawiający dopuszcza wpisanie różnych stawek podatkowych w zależności od zakresu usługi [zwolniony, 8%, 23%].”* Tym samym sam Zamawiający przesądził, że przedmiotem zamówienia nie jest usługa kompleksowa dotycząca opieki medycznej nad pacjentem, dla której zastosowana powinna być jednolita stawka podatku VAT, ale kilka, niezwiązanych ze sobą usług, dla których powinny zostać przyjęte różne stawki podatku VAT w zależności od ich zakresu. Pamiętać w powyższym względzie należy, że zasadą wynikającą z orzecznictwa TSUE, jak i sądów krajowych jest to, iż każde świadczenie powinno być traktowane jako odrębne i niezależne [jako przedmiot opodatkowania], zaś traktowanie ich jako świadczeń złożonych [kompleksowych] ma charakter wyjątkowy, [por. wyrok TSUE z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C–349/96 [Card Protection Plan Ltd, wyrok WSA w Białymstoku w wyroku z dnia 19 stycznia 2012 r. [I SA/Bk 462/11, LEX nr 1109597], podobnie jak wyjątek od zasady stanowi zwolnienie podatkowe z usług. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że aby usługa mogła zostać uznana za kompleksową, składające się na nią świadczenia powinny pozostawać między sobą w nierozzerwalnym związku. Dopiero wówczas te świadczenia, nie dając się wyodrębnić, tworzą w efekcie jednorodną usługę [świadczenie] [tak Adam Bartosiewicz, VAT. Komentarz, wyd. IX, LEX 2015]. W niniejszej sprawie, nie zachodzi taki stan rzeczy. Przykładowo, usługi w zakresie kompleksowego specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu w szpitalach, przychodniach, poradniach zgodnie z Planem Higieny, nie są usługami wtórnymi, pomocniczymi wobec czynności pomocowych przy pacjencie. Co więcej, ich odrębne świadczenie jest możliwe bez wpływu na ich jakość. Usług tych nie można także uznać względem siebie jako „ściśle ze sobą związanych”. W tym miejscu za interpretacją z dnia 28 kwietnia 2014 r. – przedstawioną Zamawiającemu przez Odwołującego wraz ze złożonymi wyjaśnieniami – wskazać należy, że *„świadczenia wchodzą w zakres pojęcia „działalności ściśle [...] związanej” z opieką szpitalną i medyczną tylko wówczas, gdy są dostarczane jako usługi pomocnicze względem stanowiącej świadczenie główne opieki szpitalnej nad ich odbiorcami lub świadczonej na ich rzecz opieki medycznej. [...] jedynie świadczenie usług, które logicznie wpisują się w ramy dostarczania usług opieki szpitalnej i medycznej, które w procesie świadczenia tych usług stanowią etap niezbędny, aby osiągnąć cele terapeutyczne, którym te ostatnie służą, mogą stanowić „działalność ściśle [...] związaną” w rozumieniu tego przepisu. Jedynie tego rodzaju usługi mogą bowiem wpływać*

na koszt opieki zdrowotnej, która omawiane zwolnienie czyni dostępnym dla osób prywatnych, [str. 24 interpretacji].” Z tych też względów uznano tam, że usługi takie jak mycie i dezynfekcja kacek, nocników, basenów, zdejmowanie bielizny pościelowej, mycie łóżka po wypisie, rozdawanie lub pomoc przy rozdawaniu posiłków; zmywanie łóżek [...] transport posiłków, transport materiału biologicznego itd. nie są ściśle związane ze świadczeniem usług opieki szpitalnej i medycznej. W uzasadnieniu tego stanowiska wskazano, że „powyższe usługi nie są usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, ani też ściśle z tymi usługami związanymi. Czynnościom tym nie można przypisać celu terapeutycznego. Świadczenia zdrowotne – działania medyczne dotyczą bowiem pacjentów i wykonywane są w stosunku do pacjentów, którzy są ich odbiorcami. Nie sposób uznać, że wyżej wymienione usługi są świadczeniami zdrowotnymi wykonywanymi w stosunku do chorych, mających cel terapeutyczny. Zapewniają one jedynie prawidłowe funkcjonowanie podmiotu leczniczego pod względem technicznym i porządkowym oraz dotyczą zmarłych pacjentów i nie są skierowane na leczenie pacjentów. Nie ma zatem podstaw do rozciągania zakresu zwolnienia dla usług opieki medycznej na wyżej wymienione czynności.” Mając powyższe na uwadze, brak jest podstaw do uznania w niniejszym postępowaniu, że czynności pomocowe stanowią usługę zasadniczą, a pozostałe usługi są z nimi ściśle związane i stanowią jedynie środek do lepszego ich wykorzystania [wykonania]. Brak jest zatem podstaw do zastosowania zwolnienia z podatku – która stanowi wyjątek od zasady opodatkowania stawką 23% – na zasadzie tzw. usługi kompleksowej, dla usług nie związanych ze świadczeniem usług medycznych na rzecz pacjentów. Przypomnieć w tym miejscu należy, że w obecnym stanie prawnym dla uzyskania takiego zwolnienia konieczne jest:

- po pierwsze: spełnienie warunku podmiotowego, tj. posiadanie odpowiedniego statusu przez podmiot, na rzecz którego świadczy się usługę [art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT], lub przez podmiot, który tę usługę świadczy [art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o VAT], oraz
- po drugie: spełnienie warunku przedmiotowego, tj. przedmiotem usługi muszą być usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane.

W przypadku Konsorcjum Impel został spełniony jedynie pierwszy z tych warunków. przy czym został on spełniony, tak w zakresie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT [świadczenie usług jest wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze], jak i w zakresie art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o VAT [świadczenie jest wykonywane na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza]. Niemniej jednak fakt ten nie uprawniał wykonawcy do zastosowania zwolnienia podatkowego w zakresie usług nie związanych ze świadczeniem medycznej na

rzecz pacjentów, a więc usług: – w zakresie kompleksowego specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu w szpitalach, przychodniach, poradniach zgodnie z Planem Higieny, – utrzymania porządku i czystości terenów zewnętrznych, – transportu wewnętrznego [w części nie dotyczącej transportu pacjenta]. Zwolnienia – stanowiącego wyjątek od zasady opodatkowania – nie stosuje się w odniesieniu do czynności, które nie spełniają chociażby jednego z ww. warunku podmiotowego lub przedmiotowego] [podobnie Jacek Matarewicz, Komentarz do art. 43 Ustawy o podatku od towarów i usług, Opublikowano: LexisNexis 2014, por. także Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, 26 kwietnia 2011 r., IPPP1–443–363/11–4/PR, LexisNexis nr 2516596 [<http://sip.mf.gov.pl/>, 2 sierpnia 2013 r.]. Mając powyższe na uwadze, w niniejszej sprawie, gdzie ww. zakresie warunków przedmiotowy nie został spełniony, Konsorcjum Impel nie było uprawnione do zastosowania zwolnienia podatkowego w tym zakresie, w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Jak bowiem wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 kwietnia 2010r., sygn. akt KIO 275/10, *„Przez błąd w obliczeniu ceny rozumiany w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy P.z.p, należy bowiem rozumieć sposób obliczenia ceny dokonany merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami Zamawiającego określonymi w postanowieniach SIWZ oraz ewentualnie w odrębnych przepisach prawa. Przykładem błędu w obliczeniu ceny jest określenie w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT przyjętej w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa [ustawa o podatku VAT], czy też odmienny od przewidzianej stawki VAT przez samego Zamawiającego w SIWZ”*. Ponadto zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa wyrażonym w uchwale KIO z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12, *„o błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający”*. W tym miejscu należy podkreślić, iż w wyroku z dnia 30 lipca 2010 r. [sygn. KIO/UZP 1528/10] Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż *„błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta, z której treści [przykładowo w części opisującej kalkulację] będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą której wykonawca oczekuje”*. W niniejszym postępowaniu brak odrzucenia oferty z uwagi na złożone wyjaśnienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nie tylko stanowi naruszenie tego przepisu, ale także art. 186 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 2

ustawy. Zamawiający uwzględniając w całości zarzuty przedstawione pod sygn. akt KIO 1259/15, uzasadniające odrzucenie oferty Konsorcjum Impel, w sytuacji gdy, wezwanie do wyjaśnień treści oferty Konsorcjum Impel w wykonaniu żądania tego odwołania potwierdziło zasadność zarzutów i w konsekwencji konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy, powinien dokonać odrzucenia oferty tego wykonawcy. Instytucja uwzględnienia odwołania w całości, nie dopuszcza warunkowych działań Zamawiającego w tym zakresie. Każdorazowo uwzględnienie odwołania lub odwołań winno być poprzedzone gruntowną analizą zaistniałego stanu faktycznego i sformułowanych zarzutów przez Zamawiającego [tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.11.2012r., sygn. akt KIO 2459/12, KIO 2466/12]. Dlatego też, jeśli w wyniku udzielonych wyjaśnień – w niniejszym postępowaniu – doszło do potwierdzenia wcześniej stawianego zarzutu [postawionych w postępowaniu o sygn. akt KIO 1259/15], przez co należy rozumieć się ziszczenie się przywołanego w odwołaniu naruszenia przepisu prawa, jak i uzasadnienia faktycznego stawianego zarzutu. Zamawiający związany dokonany uznaniem w zakresie odwołania, powinien uwzględnić konsekwencje stawianego zarzutu. W tym względzie Zamawiający – wobec uznania zarzutów odwołania – nie był uprawniony niejako do ponownej rewizji swojego stanowiska. Nieodpuszczalna jest przede wszystkim rewizja stanowiska Zamawiającego w zakresie zastosowania do niniejszego postępowania modelu opodatkowania opartego na przyjęciu tzw. usługi kompleksowej, nie tylko dlatego, że Zamawiający w formularzu ofertowo – cenowym, wskazując następujące stawki zw. 8%, 23 %, wykluczył taką możliwość, ale przede wszystkim dlatego, że przedmiotem pierwszego odwołania w sprawie był zarzut objęcia zwolnieniem usług, które temu zwolnieniu nie podlegają. Opierał on się na założeniu, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest kilka, niezwiązanych ze sobą w ujęciu podatkowym usług, dla których powinny zostać przyjęte różne stawki podatku VAT w zależności od ich zakresu. Zamawiający uznając jego zasadność, nie może zatem obecnie przyjmować, że usługa w niniejszym postępowaniu stanowi usługę kompleksową, ale powinien odrzucić ofertę wykonawcy jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Nie dokonując tego, Zamawiający naruszył art. 186 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy.

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, gdy złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca – celem uzyskania zamówienia – dopuścił się manipulacji ceną ofertową. Przy czym, jeżeli w niniejszej sprawie różnica pomiędzy wartością brutto a wartością netto ceny ofertowej wykonawcy stanowi wynik zastosowania przez wykonawcę zwolnienia od podatku VAT, w części zwolnieniu temu nie podlegającej, oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy z uwagi na to, że w ofercie wykonawcy znajduje się błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT. Jeżeli natomiast przyjęty przez wykonawcę model kształtowania ceny polegał na przerzucaniu

kosztów wykonania większości usług do usług podlegających zwolnieniu VAT, by poprzez zwolnienie od podatku VAT uzyskać niższą cenę oferty i wyeliminować konkurentów, to jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 7 ust. 1, a także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Gdyby jednak w niniejszej sprawie różnica pomiędzy wartością brutto, a wartością netto ceny ofertowej wykonawcy była także konsekwencją zastosowanej przez wykonawcę manipulacji wysokością tej części ceny [„przerzucaniem” kosztów wykonania usług innych niż pomocniczej do tego elementu ceny], by poprzez zwolnienie od podatku VAT uzyskać niższą cenę oferty i wyeliminować konkurentów, oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona także z uwagi na fakt, iż jej złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Usługi pomocnicze przy pacjencie, zgodnie z odpowiedzią na pytanie 12, wynoszą ok. 20% całości usługi.

Wykonawca wyceniając te usługi z pominięciem tej odpowiedzi Zamawiającego, określając wysoką cenę za te usługi oraz zaniżając ceny dla pozostałych oferowanych usług w sposób, który nie przystaje, powoduje, że Odwołujący pomimo tego, że zaproponował niższą cenę netto [7.213.320,00 zł] o 148.680,00 zł niż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza [7.362.000,00 zł], nie otrzymał przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego, brak uzyskania przez Odwołującego zamówienia w takim stanie rzeczy stanowiłby konsekwencję dokonanej przez wykonawcę manipulacji wartości usługi pomocniczej i za tym idącej stawki podatku VAT. Określony w taki sposób model kształtowania ceny oferty zakłada przerzucanie kosztów w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i zawyżona z tytułu realizacji usług pomocniczych obejmujących ok. 20% całego zamówienia, zaś z drugiej – cena nierynkowa, rażąco niska pozostałych trzech usług składających się na zamówienie. Taki model nie miał zatem na celu zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu poprzez konkurowanie ceną, lecz jedynie wykorzystanie proporcji usług, której wynikiem było przyjęcie określonej, korzystnej dla wykonawcy stawki podatku VAT i uzyskanie w ten sposób przedmiotu zamówienia. Oferta wykonawcy powinna zostać zatem odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl przepisu art. 3 ust. 1 z dnia 16 kwietnia 1993 r. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wskazać należy, że *„okolicznością przesądzającą o naganności postępowania [...] w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc*

„manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. A ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie Odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Tym samym stwierdzić należy, iż działanie [...] wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, [tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.09.2014r., sygn. akt KIO 1844/14, por. także wyrok KIO z dnia 14.06.2013 r., KIO 1240/13; KIO 1246/13; KIO 1248/13, wyrok KIO z dnia 26.09.2012 r., sygn. akt KIO 1934/12]. Powyższe stanowisko potwierdziła Izba także w wyroku z dnia 13.01.2012r., sygn. akt KIO 2787/11, gdzie w stanie faktycznym sprawy wykonawca przyjął, że usługi stanowiące 90% przedmiotu zamówienia stanowią w ofercie Odwołującego jedynie 15 % wartości zaoferowanej ceny. Podobna dysproporcja zaszła w niniejszym postępowaniu, gdzie usługi stanowiące 80% zostały wycenione w wysokości mniejszej niż 29% wartości zaoferowanej ceny. Podobnie jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, określenie takich proporcji usług było związane z manipulacją stawką podatku VAT. Konsekwencją tego było zaniżenie podatku VAT i odrzucenie oferty przez Izbę. Jako bowiem Izba wskazywała, „Odwołujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być bowiem uznana jedynie za element kalkulacji, czego zresztą Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a wręcz – jak to podnosił Przystępujący – manipulacji cenowej”. [tak wyrok z dnia 13.01.2012r., sygn. akt KIO 2787/11]. Powyższe stanowisko Izby prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zakres rzeczowy usług powinien zostać skorelowany z określoną częścią ceny. Ustalenie ceny oferty bez takiego związania, prowadzi do zdobycia przewagi konkurencyjnej w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami i zagraża interesom innego przedsiębiorcy, w szczególności, gdy – jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu – służy „manipulowaniu” proporcjami poszczególnych usług, wysokością podatku VAT i ceny oferty. Działanie takie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert. Dlatego też wykonawcy w takim stanie rzeczy wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zaniechał też odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Wykonawca w zakresie przyznanej mu swobody kształtowania ceny był

ograniczony postanowieniami SIWZ i powszechnie obowiązującymi przepisami, którą to swobodę przekroczył, dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty. Oferta wykonawcy powinna odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy. Zamawiający w SIWZ wyraźnie określił, że usługi pomocnicze przy pacjencie stanowią ok. 20% całości usługi [odpowiadając napytanie nr 12]. Wobec powyższego Zamawiający określił, że usługi pomocnicze przy pacjencie stanowią ok. 20%, a więc ustalił rozmiar usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Za wyrokiem Izby z dnia 28.01.2015r., sygn. akt KIO 77/15, wskazać należy, że *„Do doprecyzowania niejasnych i niejednoznacznych postanowień dokumentów przetargowych służy m.in. instytucja pytań i wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, o której mowa w art. 38 ust. 1 Pzp, a którymi to wyjaśnieniami Zamawiający jest związany na równi z oryginalnymi postanowieniami specyfikacji.”* Rozmiar usług pomocniczych, jakie był zobowiązany wycenić w swojej ofercie wykonawca, wynosił ok. 20%, a więc powinien mieścić się w granicach tej wartości [od 20,00...% do 20,999...%, co jest zgodne z definicją słowa „około” zawartą w Słowniku Języka Polskiego, a co oznacza „w przybliżeniu”. W świetle powyższego Zamawiający określił sposób skorelowania zakresu usług pomocniczych do ceny. Zamawiający określił, że cena dla usług pomocniczych powinna odnosić się do usług, które stanowią ok. 20% usług wchodzących w skład zamówienia. W niniejszym postępowaniu wykonawca, dokonując wyceny usług pomocniczych, przekroczył swobodę kształtowania ceny ofertowej określonej w SIWZ. Przyjęty przez niego sposób ukształtowania ceny oferty zakłada tzw. przerzucanie kosztów. Koszty wykonywania usług innych niż usługi pomocnicze są ujęte w kosztach usługi pomocniczej. Fakt ten powinien skutkować odrzuceniem oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. *„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego”* [m.in. wyrok z 26 marca 2008 r., KIO/UZP 218/08]. Wskazać w tym miejscu również wypada na treść uzasadnienia wyroku KIO z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt. 2241/12, zgodnie z którym: *„Hipotezą normy art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób uniemożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego”*. Złożona przez wykonawcę oferta nie pozwala na określenie, czy wykonawca wycenił w niej wszystkie elementy zobowiązania, do których wyceny był zobowiązany na podstawie pkt XII. 1. SIWZ oraz pkt XII. 3 SIWZ, który stanowi, iż cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Złożona przez

niego oferta prowadzi do innych wniosków. Zaproponowane przez Wykonawcę ceny za usługi nie będące usługami pomocniczymi są rażąco niskie.

Tym samym niektóre usługi nie zostały przez wykonawcę określone w sposób uwzględniający ceny rynkowe, a więc uwzględniające wszystkie elementy kosztotwórcze, które są konieczne do ich wykonania. Z treści SIWZ należy wnioskować, że warunki realizacji zamówienia zakładały, aby każda z usług była wyceniona w sposób umożliwiający jej faktyczną realizację. Zamawiający w załączniku nr 10 do SIWZ w projekcie umowy w § 1 ust. 7 zastrzegł sobie „*prawo do rezygnacji z realizacji części usług objętych przedmiotem umowy w przypadku zmniejszenia zapotrzebowania na ich wykonywanie.*” Brak wyceny przez wykonawcę części usług nie spełnienia oczekiwań Zamawiającego i nie zabezpiecza jego interesów. W przypadku ograniczenia przez Zamawiającego części usług innych niż usługi pomocnicze. Wykonawca, realizując je na zasadach określonych w ofercie, doprowadziłby do zwiększenia swoich zysków poprzez brak konieczności realizacji usług, wobec których zastosował ceny rażąco niskie, a tym samym do poniesienia strat z tego tytułu przez Zamawiającego. Odwrotna natomiast sytuacja ukazuje, że cena oferty wykonawcy jest rażąco niska. Jak wskazuje się w orzecznictwie, „*o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne*” [tak KIO w wyroku z dnia 28.03.2013r., sygn. akt KIO 592/13]. Taki brak opłacalności powstanie, w przypadku ograniczenia przez Zamawiającego części usług pomocniczych. Wykonawca, nie wykonując ich, doprowadziłby do spadku zysków w wysokości 70% i tym samym do nieopłacalności wykonania zamówienia. Z ostrożności procesowej wskazać należy, że co do zasady w orzecznictwie akcentuje się, że zarzut rażąco niskiej ceny rzeczywiście odnosić tylko do ceny całkowitej. Jednak „*analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace*”, bowiem „*każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie*” [tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.12.2012r., sygn. akt KIO 2632/12]. Zatem wskazuje się, że w przypadku gdy cena jednostkowa ma wpływ na cenę oferty w sposób, które skutkuje nierynkowym jej obniżeniem, powinna zostać wzięta pod uwagę jako faktyczna przyczyna odrzucenia oferty [za Dzierżanowski Włodzimierz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 89 Pzp, wyd. VI, LEX 2014].

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zaniechał odtajnienia wyjaśnień wykonawcy pomimo tego, że informacje w nich zawarte nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okoliczności sprawy pokazują że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 11 ust. 4 uznk poprzez nieudostępnienie całości wyjaśnień Wykonawcy z dnia 26.06.2015r., pomimo tego, że zawarte w nich informacje nie spełniają przesłanek, o których mowa art. 11 ust. 4 uznk, a zatem nie mogą stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8

ust. 3 ustawy. Skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę zakazu udostępniania informacji – w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Oczywistym pozostaje, że to właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji owe przesłanki wystąpiły [zob. uchwała SN z dnia 21 października 2005r., III CZP 74/05]. Izba wskazuje też, że przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym [zob. wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r., KIO 322/11]. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wykazał, że podjął jakiegokolwiek starania, aby zweryfikować skuteczność zastrzeżenia przez Konsorcjum Impel informacji zawartych w wyjaśnieniach. W piśmie przesłanym Odwołującemu Zamawiający wskazał, że *„wyjaśnienia zawierają informacje, co do sposobu kalkulowania ceny, kosztów, jakie planuje ponieść wykonawca w związku z realizacją zamówienia, a zatem informacje, które mają bezopornie wartość gospodarczą.”* Powyższego stanowiska Zamawiającego nie można uznać za uzasadnione. W ocenie Odwołującego, nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiedzi Konsorcjum Impel na pytanie: jaka stawka VAT [8%, 23%, czy zwolniona] została zastosowana dla poszczególnych zakresów usługi [czynności przedmiotu zamówienia]. Zastosowanie określonej stawki VAT dla danej czynności wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Dlatego też informacja ta – stanowiąca de facto przejaw stosowania prawa, do którego podatnik [wykonawca] stosowania jest zobowiązany, i w obrębie której nie dysponuje on swobodą decydowania, nie może zostać zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podobnie nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiedzi, na pytanie Konsorcjum Impel, w jaki sposób kształtuje się stosunek [składniki] zaoferowanej ceny dla poszczególnych zakresów usług. W pełni uzasadniony pozostaje zarzut, że Zamawiający – pomimo wniosku Odwołującego – nie dokonał prawidłowej oceny, czy zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa części informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy było skuteczne.

IV. Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service „Company” sp. z o.o. Spółka komandytowa we Wrocławiu,, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie.

V. Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszym rzędzie dostrzeżenia wymaga, że te zarzuty, które zmierzały do wykazania niewłaściwego uznania przez Zamawiającego za poprawnie objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach treści oferty, należało uznać za spóźnione. Jak ustalono, Odwołujący dwukrotnie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Impel Cleaning spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Spółki komandytowej we Wrocławiu: pierwszy raz w dniu 25 czerwca 2015 r. oraz następnie w dacie 1 lipca 2015. Już w odpowiedzi na pierwszy wniosek Zamawiający udzielił w dniu 26 czerwca 2015 r. czytelnej odpowiedzi, udostępniając część wyjaśnień i odmawiając okazania pozostałej. Odpowiedź na drugi wniosek, ten datowany na 1 lipca 2015 r. niczego w tym zakresie nie zmieniła, bowiem w istocie sprowadzała się ona do podtrzymania stanowiska z 26 czerwca 2015 r. W konsekwencji, Odwołujący – jeśli nie zgadzał się z nieudostępnieniem mu informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Impel Cleaning spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Spółki komandytowej we Wrocławiu – mógł i powinien w dziesięciodniowym terminie liczonym od daty pierwszej odmowy udostępnienia informacji [26 czerwca 2015 r.] kwestionować zaniechanie udostępnienia informacji [art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy]. W tych okolicznościach, odwołanie złożone w dniu 7 lipca 2015 r. należy uznać w zakresie wspomnianego zarzutu za złożone z uchybieniem terminu do jego wniesienia.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że jeśli przedmiotem odwołania są zarzuty dotyczące czynności, które mogłyby stanowić samodzielną podstawę do wniesienia odwołania we wcześniejszym terminie, to mamy do czynienia ze zgłoszeniem zarzutów po terminie i z tych względów nie podlegają one rozpoznaniu przez Izbę. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni contra legem przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1–3 i art. 189 ust. 3 ustawy, bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa [tak: wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. w spr. I Ca 131/15, wyrok KIO z dnia

29 stycznia 2014r., sygn. KIO 61/14]. Gdyby zarzut ten stanowił samodzielną podstawę odwołania wówczas, stosownie do regulacji art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, odwołanie podlegało by odrzuceniu. Jednakże wobec tego, iż ten spóźniony zarzut, stanowiący podstawę odwołania został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiednio stosowanego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, pozostawiony bez rozpoznania.

Następie, podkreślenia wymaga że nie potwierdziły się te zarzuty, które nawiązywały do faktu uwzględnienia przez Zamawiającego wcześniej złożonego odwołania. Wynikiem tego uwzględnienia było bowiem wyjaśnienie przez Zamawiającego treści oferty, w tym nie tylko wybranej, ale także pozostałych ofert. Odwołanie w sprawie KIO 1259/15 wskazywało na kierunek postulowanych działań Zamawiającego, którym było przesądzenie kwestii poprawności zastosowanej stawki podatku od towarów i usług. W konsekwencji nie sposób przyjąć, że wynikającym z uwzględnienia tego odwołania obowiązkiem Zamawiającego miało być automatyczne odrzucenie oferty aktualnie wybranej.

W tym miejscu wymaga dostrzeżenia, że jakkolwiek zamawiający jest związany dyspozytywną czynnością uwzględnienia zarzutów odwołania, to winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne w ustalonym stanie faktycznym. Jakkolwiek bowiem czynności zamawiającego są czynnościami zmierzającymi do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to czynności te nie są pozostawione pełnej swobodzie i niezależności podmiotu jakim jest zamawiający, charakterystycznej dla sfery stosunków cywilnoprawnych. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględny charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych to nie przepisy, których zastosowanie pozostawiono uznaniu zamawiającego, ale przepisy bezwzględnie obowiązujące, obwarowane sankcjami z zakresu dyscypliny finansów publicznych a niejednokrotnie również prawa karnego. Sfera wydatkowania środków publicznych znajduje bowiem wyraz już w konstytucji [art. 216 ust. 1 stanowi, iż środki finansowe na cele publiczne są gromadzone i wydatkowane w sposób określony w ustawie] a następnie ustawie o finansach publicznych

[art. 44 ust. 4 tej ustawy przewiduje, że jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej]. Zatem zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę, a związany jest w tej mierze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałyby to dotyczyć odrzucenia oferty, co do której to czynności przepisy enumeratywnie wyznaczają podstawy jej dokonania.

Ponadto, jeśli żądanie zawarte w odwołaniu obejmuje wachlarz czynności, takich jak unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert lub wniosków, to uwzględnienie tak postawionego żądania musi być rozpatrywane w kontekście okoliczności, że nie są to decyzje samodzielne, oderwane od pozostałych czynności postępowania, ale stanowiące wynik badania i oceny ofert. Jeśli zatem postawione żądanie obejmuje ponowne badanie i ocenę ofert, to żądanie to z istoty zawiera w sobie element nieznan i nieprzewidywalny co do skutku, w tym skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy czy wykluczenia z postępowania. Może się bowiem zdarzyć, że w trakcie ponownego badania i oceny ofert [względnie wniosków], pewne żądania zdezaktualizują się, nie będą wykonalne z powodów obiektywnych, czy też nie będą czyniły zadość interesowi odwołującego, a przez to nie będą służyć celowi publicznemu jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej dla wykonania zadania publicznego i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W rozpoznawanym wcześniej odwołaniu, Odwołujący postawił żądanie w sposób niekategoryczny, alternatywny, co także determinowało kierunek działań Zamawiającego.

Równoczesne żądanie badania i oceny ofert oraz żądanie wyniku tej oceny w postaci odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy może w konkretnej sytuacji być żądaniem niemożliwym do jednoczesnego zrealizowania, zakłada bowiem przesądzenie wyniku żądanej oceny, co czyniłoby uwzględnienie takich żądań iluzorycznym i mogłoby doprowadzić do stanu niezgodnego z prawem, w tym dokonania czynności literalnie zgodnych z żądaniem, ale w sposób oczywisty sprzecznych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i ustaleniami poczynionymi w toku ponownej oceny ofert lub wniosków. Czynność ponownego badania i oceny ofert dokonywana w kontekście podnoszonych w danej sytuacji zarzutów z istoty nie może obejmować wyniku tej oceny, skoro ten zależy od oceny dokumentów, i na etapie badania i oceny ofert nie jest i nie może być jeszcze znany i przesądzony. W tym kontekście, jednoczesne żądanie ponownego badania i oceny ofert

oraz żądanie konkretnego wyniku tej oceny musi być rozpatrywane przez pryzmat charakteru tych czynności. Postawienie tego rodzaju żądań łącznie, w konkretnej sytuacji skutkować może obiektywną lub prawną niewykonalnością żądania konkretnego wyniku oceny ofert lub nawet niedopuszczalnością jego wykonania. W tym kontekście, żądanie odnoszące się do wyniku badania i oceny ofert musi być traktowane z uwzględnieniem nieznanego i nieprzewidywanego jego wyniku, w przeciwnym bowiem wypadku przeczyłoby istocie i celowi równolegle postawionego wniosku odwołania [żądania] dotyczącego ponowienia czynności badania i oceny ofert. Uwzględnienie zarzutów odwołania nie oznacza więc jeszcze nieograniczonego prawem i okolicznościami konkretnego stanu faktycznego obowiązku bezkrytycznego wykonania żądań w ich dosłownym kształcie, ale raczej skutkuje obowiązkiem oddania kierunku tych żądań wynikającego z treści uwzględnionych zarzutów.

W kontekście podniesionych w odwołaniu, a uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów, przeanalizowania wymaga treść uprzednio złożonego przez Odwołującego odwołania: zakwestionowane czynności lub zaniechania zamawiającego, podniesione wobec nich zarzuty i będące ich następstwem żądania.

I tak, w odwołaniu z dnia 12 czerwca 2015 r. Odwołujący zakwestionował czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, stawiając zarzuty naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy p w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 7 ust 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, gdy złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu wyceny przez niego kosztów świadczenia usług pomocniczych przy pacjencie,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż w ofercie wykonawcy znajduje się błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT,
- 4) art. 90 ust. 1 ustawy w zw. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący, w oparciu o tak postawione zarzuty wyartykułował następujące żądania:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania oferty, odrzucenia oferty wykonawcy oraz wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego,

ewentualnie o:

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy lub/i art. 90 ust. 1 ustawy.

Zatem postawione w uprzednio złożonym odwołaniu żądania miały charakter alternatywnych.

Co istotne, Zamawiający uwzględniając tak postawione zarzuty zaznaczył, jakie czynności poweźmie w związku z dokonanym uwzględnieniem podając, że dokona czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, co koresponduje z alternatywnymi żądaniami, postawionymi w odwołaniu.

Zamawiający, zgodnie z dokonanym uwzględnieniem odwołania wezwał więc wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Impel Cleaning spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Spółkę komandytową we Wrocławiu a także pozostałych wykonawców do wyjaśnienia treści oferty w kontekście prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT oraz kalkulacji elementów wyceny i stosowanych do nich stawek tego podatku. Powyższe czyni stawiany zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy – nieuzasadnionym, skoro czynność Zamawiającego odpowiada żądaniom postawionym w uprzednio złożonym odwołaniu jak i zapowiedzi Zamawiającego zamieszczonej w piśmie o uwzględnieniu odwołania.

Nie znalazły następnie potwierdzenia te zarzuty, które zmierzały do wykazania podstawy odrzucenia oferty [art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 oraz pkt 6 ustawy], osadzone w tezie, że w ofercie wybranego wykonawcy [konsorcjum Impel Cleaning oraz Hospital Services] została zastosowana niewłaściwa stawka podatku od towarów i usług.

W wybranej ofercie w tym zakresie podano kwotę netto, kwotę podatku oraz kwotę brutto oferty, a z przeliczenia tych kwot wynika, że nie zastosowano stawki podstawowej. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty wykonawca podał jakie stawki zastosował w odniesieniu do każdej z czterech płaszczyzn, składających się na zamówienie: świadczenie usług w zakresie kompleksowego, specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu w szpitalach; utrzymania porządku i czystości terenów zewnętrznych; transport wewnętrzny; czynności pomocowych związanych z opieką medyczną nad pacjentem. Stawki te rzeczywiście nie odpowiadają stawce podstawowej i do każdego z wymienionych zakresów związanych z realizacją zamówienia Przystępujący zastosował różne stawki lub zwolnienie.

Podane stawki są tożsame z tymi, jakie w ocenie Odwołującego powinny być zastosowane do każdego z zakresów działalności, które podał Odwołujący na rozprawie. Odwołujący, zobowiązany na rozprawie do wypowiedzenia się co do tego, jakie należało zastosować stawki do poszczególnych czterech zakresów usług podał, że do świadczenia usług w zakresie kompleksowego, specjalistycznego utrzymania czystości, dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu w szpitalach etc. należało zastosować stawkę podstawową 23%; dla utrzymania porządku i czystości terenów zewnętrznych należało zastosować stawkę 8%; dla transportu wewnętrznego należało zastosować stawkę 23% oraz zwolnienie, tj. transport ściśle związany z opieką medyczną może być zwolniony z podatku, a w pozostałym zakresie w grę wchodzi stawka podstawowa; do czynności pomocowych należało zastosować stawkę podstawową i zwolnienie, tj. w zakresie czynności pomocowych związanych z opieką medyczną nad pacjentem należało zastosować stawkę zwolnioną.

Z wyjaśnień wykonawcy wynika też, że w zakresie zastosowanych stawek uwzględniony jest wynikający ze złożonych przez Odwołującego interpretacji prawa podatkowego postulat zastosowania zwolnienia z podatku tylko do usług pomocniczych, których przedmiotem są czynności związane z opieką medyczną nad pacjentem [kwestia zasad stosowania tego zwolnienia nie była zresztą sporną].

Wbrew stanowisku Odwołującego, nie mamy w sprawie do czynienia z manipulacją cenami, mającą na zmięrać do niewłaściwego zastosowania stawek podatku od towarów i usług. Stawki te zostały zastosowane zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie zasadami, w sposób odpowiadający stanowisku Odwołującego, co czyni zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 nieuzasadnionym.

Jeśli chodzi o podstawy, do których zastosowane te stawki [zakresy poszczególnych kategorii usług, wyodrębnione przez Zamawiającego], nie sposób czynić wykonawcy zarzutu

co do wyceny tych elementów kalkulacyjnych, skoro jest ona pozostawiona pełnej swobodzie wykonawcy. W szczególności Zamawiający nie wymagał podania cen jednostkowych odnoszących się do poszczególnych zakresów usług [lub nawet bardziej szczegółowych elementów, składających się na te zakresy], przyjmując, że z jego perspektywy przedmiotem transakcji będzie rozliczane w układzie miesięcznym świadczenie zagregowanej usługi, łączącej w sobie poszczególne kategorie usług, określonej jako „Świadczenie usługi sprzątnia, dezynfekcji, transportu wewnętrznego”. Konsekwentnie, ustalone wynagrodzenie ma charakter ryczałtowego, rozliczanego miesięcznie za całość usług i czynności wykonanych w ramach zamówienia. Tym samym, Zamawiający nie nałożył na wykonawców jakichkolwiek obowiązków w zakresie prezentacji ceny za wykonanie poszczególnych usług jak i w zakresie ich konkretnej wyceny, co oznacza pełną swobodę w zakresie wyceny i kalkulacji kosztów w związku z ich wykonaniem. W tych okolicznościach, nie sposób uznać za uzasadnionego zarzutu niezgodności oferty z SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy], podobnie jak nie może być mowy o błędzie w obliczeniu ceny w związku z zastosowanymi stawkami podatku VAT, skoro te zastosowano we właściwy sposób. Przyjęcie jako podstawy wyceny jednostkowej poszczególnych usług w określonych częściach niższych, w innych zaś wyższych wartości, także nie stanowi działania niedopuszczalnego, skoro Zamawiający nie nałożył w tej mierze jakichkolwiek obowiązków w zakresie wyceny [nie wymagał nawet podania kwot, jakie składają się na wewnętrzną kalkulację miesięcznego kosztu świadczenia usługi], nie rozlicza usługi na zasadzie obmiaru a wynagrodzenie nie ma charakteru kosztorysowego, co oznacza, czy wykonawcy mieli pełną swobodę w zakresie wyceny kosztów jednostkowych składających się na cenę świadczenia miesięcznej usługi. Powyższe nie może także prowadzić do wniosku, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Istotnie, można mówić w konkretnej sytuacji o działaniu stanowiącym przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy wykonawca ustala ceny jednostkowe w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, a ceny te mają charakter samodzielnych cen [służą np. do ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego] albo podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. W orzecznictwie wskazuje się, przykładowo, że stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji sytuacja, gdy wykonawca dokonuje kalkulacji części cen jednostkowych w sposób nierentowny, odbiegający od kosztów ponoszonych na wykonanie tego rodzaju zadania, innych zaś relatywnie wysoko, bilansując koszty na różne elementy zamówienia i zakładając, że określone z nich wykona z większą niż zakładana przez zamawiającego częstotliwością. Ma to miejsce w szczególności, gdy ceny jednostkowe pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac lub dostaw. Powyższe potwierdza stanowisko prezentowane, przykładowo, w następujących orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej: z 14 stycznia 2015 r. w spr. KIO 2734/14, z 24 września 2014 r. w spr. KIO 1844/14, z 22

października 2014 r. w spr. KIO 2046/14, z 19 lutego 2014 r. w spr. KIO 216/14, 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, z 18 stycznia 2013 r. w spr. o sygn. akt KIO 7/13, z 14 czerwca 2013 r. w spr. KIO 1240/13, 1246/13 i 1248/13. W analizowanej sprawie nie mamy do czynienia z cenami jednostkowymi, które podlegałyby porównaniu przez pryzmat kryteriów oceny ofert albo służyły do ustalenia świadczenia należnego wykonawcy po dokonanych obmiarze. Elementy, do których zastosowano określone stawki podatku VAT nie stanowią w ogóle cen, a są elementami kalkulacyjnymi, co do których wykonawcy pozostawiono swobodę w zakresie ich wyceny. Stąd także zarzut wskazujący na podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie znalazł potwierdzenia.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, iż nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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]. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania w wysokości wynagrodzenia pełnomocnika odpowiadającego kwocie 3 600 zł, z uwagi na to, że ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*] nie przyjął, odmiennie niż miałyby to miejsce na gruncie kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02] zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia, wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone.

Skład orzekający: