

**WYROK z dnia 17
maja 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie.

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Sylwester Kuchnio

Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2011 r. przez wykonawcę **INWEMER SYSTEM Sp. z o.o., ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk Zakład Pracy Chronionej (pełnomocnik), 2. Gierańczyk" Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Deotymy 3/15, 93-267 Łódź** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża INWEMER SYSTEM Sp. z o.o., ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **INWEMER SYSTEM Sp. z o.o., ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa codziennego sprzątnięcia i dezynfekcji pomieszczeń pawilonu nr 12 Ośrodka Pediatrycznego im. Dr J. Korczaka w Łodzi, należącego do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 kwietnia 2011 r., pod nr 114711-2011.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk Zakład Pracy Chronionej i Gierańczyk sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił czynu nieuczciwej konkurencji, jakiego rzekomo miał się dopuścić Odwołujący, a także w sytuacji, gdy takiego naruszenia w ogóle nie było,
- 3) art. 91 ust. 1 poprzez wybór ofert najkorzystniejszej.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp było niezasadne. Po pierwsze, nie można zgodzić się z samym twierdzeniem, iż złożenie zmodyfikowanego formularza ofertowego przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po wtóre, odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o wskazanie ww. podstawy prawnej bez uzasadnienia merytorycznego, a także bez określenia czynu nieuczciwej konkurencji, jakiego rzekomo miał się dopuścić Odwołujący było błędne. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej „dla stwierdzenia, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji niezbędne jest określenie czynu, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Konieczne jest zatem odwołanie się do definicji

legalnej czynu nieuczciwej konkurencji, zawartej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wykazanie, iż czyn, na który wskazuje Odwołujący wypełnia znamiona czynu określonego w powoływanej ustawie" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1663/10 LexPolonica nr 2386610). Podobnie w wyroku z dnia 5 listopada 2010 r. (KIO/UZP 2310/10 LexPolonica nr 2424484) Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, iż *„uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu konkretnego deliktu szczególnego określonego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub deliktu w nim nie ujętego, ale odpowiadającego hipotezie z art. 3 ust. 1 przedmiotowej ustawy"*. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stoi na stanowisku, iż odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp było bezzasadne.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z tego względu, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na złożenie zmodyfikowanego formularza ofertowego, który został rozszerzony o dodatkową pozycję cenową „Transport wewnętrzny”, dla której zastosowano stawkę ryczałtową (kwota zwolniona z podatku od towarów i usług). Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest błędne. Po pierwsze, Odwołujący wskazuje, iż *„odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp następuje wyłącznie w razie braku spełnienia przez oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w SIWZ wymagań merytorycznych zamawiającego (treść SIWZ)."* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2642/10, LexPolonica nr 2449853). Z całą pewnością rozszerzenie formularza ofertowego o dodatkową pozycję cenową „Transport wewnętrzny”, nie stanowi o sprzeczności z wymaganiami merytorycznymi opisanymi w SIWZ. Po wtóre, z uwagi na nieprecyzyjne sformułowanie formularza cenowego (Załącznika nr 2) przez Zamawiającego pojawiła się konieczność po stronie Odwołującego zmodyfikowania jego treści. Mianowicie, w ogłoszeniu o zamówieniu (nr ogłoszenia 114711-2011, data zamieszczenia 13.04.2011 r.) przedmiot zamówienia (str. 1) został określony w dwóch punktach, które w skrócie można streścić: a) kompleksowa sprzątnięcie i b) świadczenie usług transportu wewnętrznego. Podobnie przedmiot zamówienia został określony na stronie 2 SIWZ. Stąd, z uwagi na określenie przedmiotu zamówienia w dwóch punktach, zasadnym winno być wymaganie od Wykonawców zaproponowanie ceny dla jednego, jak i drugiego przedmiotu zamówienia. Zaproponowany przez Zamawiającego wzór formularza ofertowego odnosił się wyłącznie do jednego z przedmiotów zamówienia określonego w punkcie a), stąd konieczne było jego zmodyfikowanie tak, by zaoferowana cena uwzględniała cały przedmiot zamówienia, a nie wyłącznie jej część.

Poza tym, zdaje się, iż Zamawiający nie dostrzegł zmiany przepisów w zakresie podatku od towarów i usług. Ustawą z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy Prawo o miarach dodano do ustawy o podatku od towarów i usług przepis art. 43 ust. 1 pkt 18a w brzmieniu: *„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 zakładów opieki zdrowotnej na ich terenie.”* Ponadto, dodano do ww. artykułu ustęp 17a zgodnie z którym *„zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 18a, 23, 26, 28, 29 i 33 lit. a, mają zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe.”* Powyższe oznacza, iż ustawodawca zróżnicował stawki podatku VAT w zakresie usług związanych z usługami medycznymi, tak, że w zakresie transportu wewnętrznego istnieje zwolnienie od podatku VAT, natomiast w zakresie usług kompleksowego sprzątnia należy zastosować stawkę 23%. W postępowaniu przetargowym Zamawiający ma obowiązek prawidłowego sporządzenia SIWZ oraz ewentualnych formularzy, w sposób uwzględniający obowiązujące wymogi podatkowe. Z uwagi na uchybienie temu obowiązkowi zarzucanie Odwołującemu nie skorzystania z uprawnień wynikających z art. 38 ustawy Pzp jest niezasadne. Zamawiający nie może przerzucać własnych niedociągnięć na Wykonawcę, tym bardziej w sytuacji, gdy sam uprzednio w analogicznym postępowaniu, z tym, że na okres 48 miesięcy a nie 6, jak w przedmiotowej sprawie, w sposób prawidłowy sformułował formularz cenowy. Na uwagę zasługuje bowiem załącznik nr 2 do SIWZ, dotyczący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej kwoty 193 000 EURO na usługę sprzątnia Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi nr 22/10 (pomyłkowy nr sprawy, prawidłowy 22/11), w którym Zamawiający w formularzu cenowym przewidział pozycję cenową w postaci „Transportu wewnętrznego”. Wobec powyższego niezrozumiałe jest odrzucenie oferty Odwołującego z powodu modyfikacji formularza cenowego w sytuacji, gdy na analogiczny przetarg tego samego Zamawiającego z tym, że na okres upływający po przedmiotowym przetargu, taki kształt formularza był akceptowany.

Wobec powyższego z uwagi na dysonans działań samego Zamawiającego, w zakresie formularza cenowego, w wyżej wskazanych przetargach oraz wobec zmiany przepisów w zakresie podatku od towarów i usług, Odwołujący miał prawo obawiać się, iż złożenie oferty na formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ zostanie uznane jako niespełniające wymagań SIWZ, bowiem nie będzie zawierał w sobie ceny za usługę transportu wewnętrznego, a także pozostanie w sprzeczności z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.

Konkludując Odwołujący wskazuje, iż w niniejszej sprawie „nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma” (wyrok Krajowej z dnia 10 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2349/10 KIO/UZP 2367/10, LexPolonica nr 2422788).

W tym stanie rzeczy Zamawiające bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż oferta Odwołującego była zgodna z treścią SIWZ. Przyczyną takiej sytuacji było niedokładne sporządzenie przez samego Zamawiającego formularza cenowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ.

Tym samym, Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, której cena przewyższała cenę zaproponowaną przez Odwołującego. Oferta wybranego wykonawcy nie była ofertą najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę określone przez Zamawiającego w treści SIWZ kryterium oceny ofert, tj. cenę 100%, przy założeniu, że Zamawiający bezpodstawnie nie odrzuciłby oferty Odwołującego, która była najkorzystniejsza.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego zamówienia (rozdział I SIWZ) jest kompleksowe, profesjonalne utrzymanie czystości w pawilonie nr 12 na terenie Ośrodka Pediatrycznego im. dr J. Korczaka, a w szczególności wykonywanie czynności polegających na:

- a) kompleksowym sprzątaniu wraz z położeniem środków konserwujących powierzchni, myciu i dezynfekcji pomieszczeń medycznych i niemedycznych, myciu okien oraz zakupie w tym celu środków myjących, dezynfekcyjnych itp.
- b) świadczenie usługi transportu wewnętrznego.

Zgodnie z formularzem oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) wykonawcy zostali zobowiązani do skalkulowania przedmiotu zamówienia według następującego podziału: powierzchnia wewnętrzna wysokiego ryzyka epidemiologicznego wraz z powierzchniami pionowymi, powierzchnia wewnętrzna średniego ryzyka epidemiologicznego wraz z drzwiami i oknami, powierzchnia wewnętrzna niskiego ryzyka epidemiologicznego, przy uwzględnieniu szacunkowej wielkości powierzchni, podanej przez Zamawiającego.

Wynagrodzenie wykonawcy, zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy, będzie rozliczane według stawek za 1m², wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 2, powierzchni.

Zaś, w rozdziale III pkt 7 SIWZ Zamawiający ustalił, iż oferta powinna zawierać formularz oferty na załączonym formularzu lub według jego wzoru - załącznik nr 2 do SIWZ.

Jednocześnie w rozdziale VIII pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, że na cenę ofert składać się będą wszystkie koszty ponoszone przez Wykonawcę do tego należy doliczyć podatek od towarów i usług konsumpcyjnych (VAT) (ppkt a). Oferowana cena, która będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert to cena brutto, traktowana jako ostateczna do zapłaty

przez Zamawiającego, określona do dwóch miejsc po przecinku, zawierająca wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wartość netto, podatek VAT (ppkt d).

W swojej ofercie Odwołujący (str. 4) wycenił wskazane przez Zamawiającego powierzchnie, uzupełniając kalkulację o usługę transportu wewnętrznego, za cenę stanowiącą wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując, iż usługi tego rodzaju zwolnione są od podatku VAT.

Zamawiający dokonując oceny ofert uznał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu „w związku z tym, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ przedmiotowego postępowania, a jej złożenie w zakresie treści formularza ofertowego zmodyfikowanego przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Powyższe wynika z faktu, iż ww. wykonawca dokonał nieuprawnionej modyfikacji formularza oferty stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, rozszerzając go o dodatkową pozycję cenową „Transport wewnętrzny” dla której zastosował stawkę ryczałtową (kwota zwolniona od podatku od towarów i usług). W związku z czym Zamawiający nie jest w stanie, stosując się do zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne z zachowaniem uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy PZP) dokonać porównania jego oferty z pozostałymi złożonymi w ww. postępowaniu przetargowym. Ponadto Zamawiający informuje, iż Wykonawca nie skorzystał z uprawnień nadanych mu ustawą Pzp wynikających z art. 38. Wykonawca nie zadał pytania ani nie poprosił o wyjaśnienie lub modyfikację. Zamawiający podkreśla, iż Wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie (formularz ofertowy - załącznik nr 2 do SIWZ punkt 1) „Zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i nie wnosimy do niej zastrzeżeń, oraz oświadczamy, że uzyskaliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty” czyli nie zgłosił zastrzeżeń co do treści SIWZ. Zamawiający określił wycenę przedmiotowej usługi tylko za usługę sprzątnięcia co wynika zarówno z formularza oferty jak i wzoru umowy.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za zasadny. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Hipotezą normy zawartej we wskazanym przepisie jest zatem okoliczność złożenia oferty, jeśli czynność ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołanie się przez ustawodawcę do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż odrzucenie oferty w oparciu o wskazaną podstawę wymaga wskazania czynu nieuczciwej konkurencji, który wykonawcy jest przypisywany. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga

ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego nieujętego w ramach rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok SN z 11.10.2002 r., III CKN 271/01, niepubl.).

Relacja między ogólnym określeniem czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) i przepisami wymieniającymi poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji (art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) jest oparta na dwóch uzupełniających się założeniach. Po pierwsze, wymienione czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu. Za czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, może być zatem uznane także działanie niewymienione w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji (wyrok SN z 26.11.1998 r., I CKN 904/97, OSP 1999, Nr 5, poz. 91 z glosą *M. Kępińskiego*).

Oznacza to więc, że określone zachowania, noszące znamiona czynów konkurencyjnych, powinny być badane najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a dopiero wówczas, gdy kwestionowane przez innego przedsiębiorcę działania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z tych przepisów, powstaje potrzeba dokonywania ich oceny w świetle przesłanek klauzuli generalnej, zawartych w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zawierającym uniwersalną niejako postać czynu nieuczciwej konkurencji (wyrok SN z 02.02.2001 r., IV CKN 255/00, OSN 2001, Nr 9, poz. 137; OSP 2001, Nr 11, poz. 162 z aprobującą glosą *M. Kępińskiego*).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego wskazać należy, iż Zamawiający zobowiązany jest podać powody, dla których złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, odnosząc do znamion tego czynu, określonych w przepisach art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Nieodzowne jest zatem wskazanie konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji, jaki przypisuje się Odwołującemu, z podaniem okoliczności faktycznych, wypełniających znamiona tego czynu.

W niniejszej sprawie Zamawiający tego nie uczynił, ograniczył się jedynie do wskazania, że złożenie przez Odwołującego oferty „w zakresie treści formularza ofertowego zmodyfikowanego przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.” Podana przez Zamawiającego okoliczność sama w sobie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Zatem, brak wskazania podstawy prawnej, a w szczególności zaniechanie ustalenia znamion

konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż brak podstaw do stwierdzenia prawidłowości podjętej przez Zamawiającego decyzji.

Jakiegokolwiek próby sanowania tego błędu na rozprawie należy uznać za nieskuteczne z mocy art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest bowiem poinformować wykonawców, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Prawidłowość dokonywanych przez Zamawiającego czynności dokonywana jest przez Izbę w granicach podstaw, które legły u ich podjęcia.

W ocenie Izby, potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. W SIWZ zamawiający wyznacza pewne warunki, którym wykonawcy zobowiązani są się podporządkować. Skoro Zamawiający w rozdziale III pkt 7 SIWZ w sposób wyraźny wskazał, iż *„oferta powinna zawierać formularz oferty na załączonym formularzu lub według jego wzoru”* oznacza to, iż Zamawiający oczekiwał, aby oferta zawierała treść wskazaną w formularzu bez jakichkolwiek modyfikacji. Możliwe jest jedynie skorzystanie z treści formularza dołączonego do SIWZ, bądź sporządzenie samodzielnie tego formularza, jednakże musi on stanowić odwzorowanie formularza sporządzonego przez Zamawiającego. Jest to o tyle istotne, iż po pierwsze, nakłada na wykonawców obowiązek zawarcia wszystkich wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń, po drugie, daje Zamawiającemu możliwość kreowania tych oświadczeń. Tego uprawnienia Zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania, odejmować nie można.

Jeśli więc w niniejszym postępowaniu dla Zamawiającego istotny był sposób kalkulacji ceny, w oparciu o podział przedmiotu zamówienia, dokonany przez Zamawiającego, zgodnie z którym Zamawiający wymagał wyceny w odniesieniu do powierzchni wewnętrznych, w zależności od stopnia ryzyka epidemiologicznego, według takich reguł należało usługę tę wycenić. Konsekwencją narzucenia takiego sposobu kalkulacji ceny był również obliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Zdaniem Izby, nie sposób opisanie przedmiotu zamówienia decyduje o metodzie obliczenia ceny. Jest jedynie podstawą do powzięcia informacji o zakresie zamówienia. Niezależnie od powyższego zamawiający ma możliwość takiego sformułowania sposobu obliczenia ceny, który odnosi ową kalkulację do określonych czynności ze względu na ich znaczenie, rodzaj, miejsce wykonywania. Nie jest więc zamawiający zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich elementów składających się na realizację przedmiotu zamówienia w celu ich wyceny. W niniejszym postępowaniu z takiego właśnie uprawnienia Zamawiający skorzystał, oczekując, iż cały przedmiot zamówienia zostanie wyceniony, ale w oparciu o reguły ustanowione przez Zamawiającego.

Nie ma żadnych podstaw, aby wykonawcy dokonywali samodzielnych zmian lub korzystali z dokumentacji, obowiązującej w innych postępowaniach, narzucając tym samym sposób kalkulacji ceny odmienny od tego, jaki był ustanowiony w SIWZ. Izba stoi na

stanowisku, iż jedynym właściwym rozwiązaniem było uwzględnienie w wycenie usługi dla powierzchni wewnętrznych kosztów transportu wewnętrznego. Było to możliwe i jak najbardziej uzasadnione, zważywszy na fakt, iż transport ten stanowił usługę komplementarną wobec usługi podstawowej, jaką było kompleksowe sprzątnięcie. Nieporównywalny jest bowiem zakres usługi kompleksowego sprzątnięcia z zakresem usługi transportu wewnętrznego, na co wskazują odpowiednie postanowienia SIWZ, w szczególności opis przedmiotu zamówienia. Znacznie większego zaangażowania osób i środków wymaga usługa kompleksowego sprzątnięcia, która obejmuje czynności sprzątnięcia wraz z dostarczeniem niezbędnych materiałów i narzędzi do wykonania usługi niż usługa transportu wewnętrznego, polegająca głównie na dostarczaniu rzeczy i przewożeniu pacjentów między pawilonami w ramach kompleksu szpitalnego. Konsekwencje tak zdefiniowanego przedmiotu zamówienia znalazły swój wyraz w załączniku nr 2 do SIWZ. W tym aspekcie Odwołujący powinien był również uwzględnić konsekwencje prawno podatkowe takiego stanu rzeczy.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że w ramach jednej transakcji możemy mieć do czynienia ze zdarzeniami, które rozpoznawane odrębnie podlegałyby opodatkowaniu według dwóch stawek. W tym zakresie wykształciło się pojęcie tzw. świadczeń złożonych, w ramach których możemy wyróżnić usługę zasadniczą i usługi pomocnicze. Usługi pomocnicze nie są zdefiniowane w ustawie. Przyjęto się więc stanowisko prezentowane przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Kryteria, według których takie usługi powinny być identyfikowane, pojawiły się w sprawie C-349/96 (Card Protection Plan). W tym wyroku Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślił, że świadczenia, które z ekonomicznego punktu widzenia stanowią całość, nie powinny być sztucznie dzielone. O usłudze pomocniczej możemy mówić w sytuacji, w której dana czynność nie jest dla nabywcy celem samym w sobie, ale służy lepszemu wykorzystaniu usługi zasadniczej. W takim przypadku świadczenie pomocnicze niejako „dzieli podatkowy los” świadczenia głównego, a zatem jest opodatkowane według tej samej stawki co świadczenie główne. Taka definicja została potwierdzona w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości UE (np. C-41/04 Levob Verzekeringen czy też BV C-572/07 RLRE Tellmer Property Sro). Kryteria Trybunału Sprawiedliwości UE zaakceptowały też polskie sądy i organy podatkowe, podkreślając nierozzerwalność ekonomiczną i funkcjonalną dwóch usług, która jest potrzebna do uznania ich za świadczenie złożone opodatkowane według jednej stawki.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Brak bowiem podstaw do twierdzenia, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający odstąpił od kryteriów oceny ofert ustalonych w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł

Przewodniczący:

.....

.....

