

Sygn. akt: KIO 267/14

WYROK
z dnia 28 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Przemysław Dzierzędzki
Członkowie:	Katarzyna Brzeska Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant:	Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Thomas sp. z o.o. w Mierzynie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PUM w Szczecinie**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **Thomas sp. z o.o. w Mierzynie** do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PUM w Szczecinie** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 PUM w Szczecinie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. we Wrocławiu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PUM w Szczecinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Kompleksowe sprzątnięcie powierzchni Szpitala, czynności pomocniczych przy pacjentach w Klinice Psychiatrii, obrót bielizną szpitalną oraz świadczenie usług transportu w obiektach SPSK Nr 1 zlokalizowanych w Szczecinie przy ul. Unii Lubelskiej 1 oraz w Klinice Psychiatrii ul. Broniewskiego 26”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 grudnia 2013 r., nr 2013/S 248-433253.

W dniu 3 lutego 2014 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. we Wrocławiu, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Thomas sp. z o.o. w Mierzynie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez przystępującego odwołujący wniósł w dniu 13 lutego 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się tym, że za najkorzystniejszą została wybrana oferta podlegająca odrzuceniu,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- c) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- d) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- e) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- f) art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z w związku z art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm. dalej ustawa o VAT) w związku z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z dnia 8 czerwca 1993 r.).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że zamawiający błędnie uznał, że oferta przystępującego nie zawierała rażąco niskiej ceny, a jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przedstawił zestawienie cen ofertowych, jakie wykonawcy zaoferowali w postępowaniu. Wywiódł, że cena zaoferowana przez przystępującego jest o 13,24% niższa od kwoty odwołującego i o 15,30% niższa od kwoty wykonawcy konsorcjum Spółdzielni Inwalidów Naprzód. Zatem istnieje uzasadnione podejrzenie, że oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a pomimo to zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku w zakresie wyjaśnienia wszystkich czynników mających wpływ na wysokość poszczególnych kosztów skalkulowanych w cenie ofertowej. Odwołujący wywiódł, że prawidłowo skalkulowana oferta winna uwzględniać koszty:

- 1) wynagrodzeń pracowników wraz z pochodnymi (ZUS pracodawcy, BHP, urlopu i zastępstwa chorobowe) - koszt ok. 70 - 80% całości prac (w tym koszt przejścia 8 pracowników od dotychczasowego wykonawcy),
- 2) koszt zużycia niezbędnej ilości środków chemicznych i dezynfekcyjnych, worków, i pojemników na odpady, na poziomie nie gorszym niż wskazany przez zamawiającego w SIWZ,
- 3) koszt amortyzacji sprzętu ręcznego i mechanicznego, w tym urządzeń mechanicznych do czyszczenia i konserwacji powierzchni, środków transportu (wózków do transportu bielizny, odpadów, sprzętu niezbędnego do świadczenia usługi), mechanicznych urządzeń do zbierania wody i ścieków, mechanicznych urządzeń do mycia i dezynfekcji oraz urządzenia do dezynfekcji termicznej, urządzenia do dezynfekcji pomieszczeń metodą zamglawiania, wózków sprzątacza, automatycznych systemów dozujących, itp.
- 4) koszt dodatkowych obciążeń wynikających ze specyfiki świadczonej usługi typu: specjalistyczna dezynsekcja i deratyzacja (co najmniej 2 x w roku), naczynia jednorazowe (typu kaczki, baseny, miski nerkowate), uzupełnienie ubytków w bieliźnie szpitalnej, za którą wykonawca jest odpowiedzialny badania mikrobiologiczne (min. 30 posiewów miesięcznie) usługi dodatkowe typu mycie okien, pranie tapicerek foteli, wykładzin , itp., środki specjalistyczne pranie mopów polimery szafki dla pracowników,
- 5) najem pomieszczeń, mediów, telefonów,

6) koszty dodatkowe.

Załączył do odwołania – jako załącznik nr 1 - sporządzoną przez siebie tabelę uwzględniającą szacunkowe koszty realizacji prac objętych niniejszym zamówieniem. Informacje zawarte w załączniku zastrzegł, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że wykonawca konsorcjum Spółdzielni Inwalidów Naprzód – który realizował tożsamą usługę dla zamawiającego w ostatnim okresie, oszacował w bieżącym postępowaniu wartość usługi na dużo wyższym poziomie, niż wartość obecnie wykonywanych prac. Ponadto odwołujący wskazał, że przed 3 laty, kiedy to sam świadczył usługi na rzecz zamawiającego, poziom wynagrodzenia kształtował się na poziomie ok. 420 tys. złotych. Podsumowując, realizacja usług o analogicznym zakresie, na rzecz tego zamawiającego na przestrzeni ostatnich 10 lat za kwotę dużo wyższą, niż w obecnym postępowaniu złożył przystępujący, potwierdza (przy uwzględnieniu zmienionych warunków płacy i pracy, wielkości dofinansowań do zatrudnienia osób z orzecznym stopieniem o niepełnosprawności), iż osiągnięcie ceny proponowanej przez przystępującego jest nierealne i nierzeczywiste. Odwołujący podpierał powyższe tezy swoim doświadczeniem wyniesionym z 7 letniej współpracy z zamawiającym (umowa zawarta od 01.10.2003 do 30.09.2009) i wiedzą na temat realizacji przedmiotowej usługi. Podkreślił również, że przystępujący nie ma własnego doświadczenia przy świadczeniu analogicznych usług, jak ta którą zleca zamawiający i wykazując warunki – jedynie posiłkuje się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego.

Odwołujący wskazał również, że przystępujący „manipulował” ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie, co powinno doprowadzić do odrzucenia jego oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na wypadek niepodzielenia przedstawionego wyżej stanowiska odwołujący wskazał, że zamawiający obowiązany był wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że przystępujący w sposób nieprawidłowy wypełnił formularz ofertowy w części I „cena netto i brutto obejmująca usługi utrzymania czystości opisane w SIWZ” oraz w części II „czynności pomocnicze.” Zastosował bowiem nieprawidłową stawkę VAT – zwolniony. Wywiódł, że czynności pomocowe objęte zwolnioną stawką podatku VAT są wykonywane tylko w klinice psychiatrii, gdzie usługa obliczana jest na podstawie ilości łóżek. Na potwierdzenie swego stanowiska przywołał postanowienia s. 1 SIWZ, postanowienia pkt II wzoru formularza ofertowego, s. 23 załącznika nr 7 do SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na pytania nr 101 i 102 z dnia 20 stycznia 2014 r.

Odwołujący argumentował, że przyjęcie przez wykonawcę dwóch stawek podatku VAT: 23% oraz zw. dla poszczególnych czynności wykonywanych w ramach konkretnych stref w części I i II jest nieprawidłowy. Odwołujący wskazał, że w każdej z ww. części została wskazana usługa podstawowa - wiodąca, w ramach której będą wykonywane poszczególne czynności. W części I formularza ofertowego - usługą wiodącą jest usługa utrzymania czystości, która powinna być opodatkowana stawką 23%. W części II formularza ofertowego, w której zamawiający wymagał podania ceny netto i brutto za wykonywanie czynności pomocniczych, usługą wiodącą jest usługa polegająca na wykonywaniu czynności pomocowych przy pacjencie, dla której należy przyjąć stawkę „zw”. W ocenie odwołującego, wszelkie usługi opisane przez zamawiającego w SIWZ, mające zostać wycenione przez wykonawców w części I formularza ofertowego, są związane z usługą podstawową, co wyklucza możliwość zastosowania stawki podatku VAT zw. Zwolnienie dotyczy bowiem jednoznacznie usługi opieki medycznej i usług z nią związanych, które wykonawcy zobowiązani byli wycenić w części II formularza ofertowego, nie zaś innej usługi (w tym przypadku usługi utrzymania czystości) i związanych z nią usług. Przywołał stanowisko Ministra Finansów z 27 stycznia 2011 r. o zakresie podmiotowym zwolnienia podatkowego, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o VAT, zajęte w odpowiedzi na interpelację jednego z posłów na Sejm. W związku z powyższym w ocenie odwołującego wysoce wątpliwym jest, czy przystępujący prawidłowo ustalił wielkość świadczeń zwolnionych od stosowania podatku VAT oraz czy zastosował przywołane zwolnienie jako podmiot uprawniony do korzystania z niego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący argumentował, że z informacji uzyskanych m.in. ze strony internetowej Miedziowego Centrum Zdrowia S.A. oraz rejestru podmiotów leczniczych, wynika, że placówka ta dysponuje obecnie 237 łózkami + 1 stanowiskiem dializacyjnym, czyli w sumie 238 łózkami. Z danych zawartych w rejestrze wynika, iż placówka ta dysponowała 271 łózkami oraz 1 stanowiskiem dializacyjnym, jednakże dwa z oddziałów zostały zamknięte - jeden w 2002 roku, a drugi w 2006 roku - co również zostało potwierdzone wpisem do przedmiotowego rejestru (oddział chorób wewnętrznych oraz obserwacyjno - diagnostyczny). Fakt, iż te oddziały nie istnieją potwierdza również ich brak na stronie internetowej placówki. Mając na uwadze powyższe, wątpliwości odwołującego budzi również wartość realizowanych przez podmiot trzeci usług, polegających na kompleksowym utrzymaniu czystości wraz z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie w Oddziałach Szpitala Miedziowe Centrum Zdrowia. Odwołujący przywołał postanowienia pkt 4 Rozdziału I SIWZ, w których zamawiający opisał warunek udział w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki wykonawcy obowiązani byli wykazać, aby ubiegać się o zamówienie

publiczne. Zgodnie z treścią tego warunku dla uznania usługi utrzymania czystości za porównywalną uznano konieczność wykazania, że w trakcie usługi realizowano sprzątanie w oddziałach, w których ilość łóżek wynosi więcej lub równo 250 i o wysokości wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy min. 150 000,00 zł brutto/m-c.

Niezależnie od tego odwołujący wywiódł, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci jest nierzeczywiste i sprowadza się do udostępnienia jedynie dokumentu referencji, a nie faktycznej wiedzy i doświadczenia tego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W opinii odwołującego, wskazują na to m.in. wyjaśnienia wykonawcy, z których w sposób jednoznaczny wynika, iż podmiot udostępniający potencjał nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, że sama treść zobowiązania do przekazania potencjału nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ w zakresie zawartych w nich informacji, o których mowa w pkt 4/4.2/c SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołujący podniósł, że przystępujący w wykazie środków do utrzymania czystości wskazał chusteczki Sani-Cloth Active oraz VELOX. Żadne z tych chusteczek nie wykazują pełnego działania wirusobójczego (V) - nie działają w czasie 15 minut na wirusy Polio i Adeno. Ponadto, przystępujący nie wskazał żadnego preparatu, który może być stosowany do dezynfekcji metodą zamglawiania, choć obowiązkiem wykonawcy było złożenie wraz z ofertą wykazu wszystkich środków myjących, czyszczących, konserwujących i dezynfekujących niezbędnych do realizacji zamówienia. Ponadto przystępujący w ww. wykazie nie wskazał żadnego preparatu, który może być stosowany do konserwacji oraz do mycia podłóg przewodzących ładunki, jak również środka, który będzie umożliwiał wykonanie czynności prania przesłon prysznicowych. Niezależnie od tego przystępujący nie wskazał w wykazie żadnego preparatu, który służył miałby do prania, dezynfekcji termiczno-chemicznej oraz suszenia nakładek na mop.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- c) wykluczenia przystępującego z postępowania,
- d) odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- e) z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Thomas sp. z o.o. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 29.01.2014 r. skierowane do przystępującego, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 03.02.2014 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta odwołującego, w świetle kryteriów oceny ofert, została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną. Ewentualne ustalenie, że zamawiający niezasadnie zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej prowadziłoby do konieczności nakazania wykonania tej czynności, czego efektem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia publicznego. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

Na wstępie należał poczynić rozważania natury ogólnej. Zasady stosowania właściwych stawek w podatku od towarów i usług określone zostały w ustawie z dnia 11 marca 2011 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54 poz. 535 z późn. zm.). Stosownie do treści art. 5 ust. 1 pkt 1 wyżej cytowanej ustawy, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega między innymi odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Zaś zgodnie z art. 5a ustawy, towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5 ustawy, wymienionych w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na tej podstawie powołują symbole statystyczne. Stosownie do przepisu art. 41 ust. 1 ustawy stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art.119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Jednakże ustawodawca przewidział zwolnienia od podatku od towarów i usług. Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy 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

Zgodnie z art. 146a pkt 1 i pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 roku do dnia 31 grudnia 2016 roku, z zastrzeżeniem art. 146f stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110 wynosi 23%,

Zgodnie z rozdziałem II SIWZ - opis przedmiotu zamówienia - przedmiotem zamówienia jest kompleksowe sprzątanie powierzchni Szpitala, czynności pomocnicze przy pacjentach w Klinice Psychiatrii, obrót bielizną szpitalną oraz świadczenie usług transportu w obiektach SPSK Nr 1 zlokalizowanych w Szczecinie przy ul. Unii Lubelskiej 1 oraz w Klinice Psychiatrii ul. Broniewskiego 26, szczegółowo opisane w tym rozdziale.

Zamawiający opracował wzór formularza ofertowego, w którym w pkt I należało wycenić usługi utrzymania czystości opisane w SIWZ, zaś w pkt II – czynności pomocnicze przy pacjencie w klinice psychiatrii SPSK1 PUM. Usługa utrzymania czystości obejmuje m.in. pomoc personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów (str. 39 litera i), transport pacjentów na(z) płyty lotniska (str. 36 pkt. 23), - transport pacjentów na badania (str. 38, litera a). Z kolei czynności pomocnicze przy pacjencie w klinice psychiatrii SPSK1 PUM obejmują sześć czynności z czego m.in. otwieranie drzwi, parzenie herbaty, odbieranie telefonów i przywoływanie rozmówcy (s. 61 SIWZ).

W trakcie postępowania zamawiający udzielał odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ.

Pytanie 101 z 20.01.2014r.: *W związku z tym, iż Zamawiający ograniczył usługę pomocową do Kliniki Psychiatrii przy ul. Broniewskiego i ilości w niej znajdujących się łóżek, prosimy o rozszerzenie niniejszej na całą usługę, wykonywaną również w placówce przy ul. Unii Lubelskiej. Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy od podatku od towarów i usług w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 29 października 2010 r. od dnia 1 stycznia 2011 r. zwolnione od podatku są usługi w zakresie opieki medycznej służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawa towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane. Z przytoczonego powyżej przepisu wynika jednoznacznie, że zwolnieniu od podatku podlegają usługi w zakresie opieki medycznej oraz dostawa towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane". Wykonawca wykonując czynności opisane w SIWZ, realizuje usługi służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, zatem powinny one zostać objęte zwolnionym podatkiem VAT. Cytując uzyskaną przez Wykonawcę, od Ministerstwa Finansów, interpretację indywidualną (ILPP2/443-551/2- 2/AK), czynności takie jak np. ścielenie łóżek szpitalnych i transport pościeli, transport zwłok, transport środków higienicznych na terenie szpitala czynności związana z gospodarką w zakresie bielizny szpitalnej i odzieży szpitalnej, oraz prowadzenie związanej z tym dokumentacji, prowadzenie czynności mycia i dezynfekcji pomieszczeń szpitala, np. sal pacjentów, sal zabiegowych, bloków operacyjnych; przeprowadzenie czynności dezynfekcji lub mycia używanych na terenie szpitala przedmiotów; transport wewnątrzszpitalny, transport pacjentów i asysta przy ich przemieszczaniu się, transport krwi i materiałów krwiopochodnych, przygotowanie pomieszczeń i przedmiotów do operacji; czynności związane z gospodarką odpadami; prowadzenie szatni szpitalnej, dbanie o należyty stan i poziom środków sanitarnych i higienicznych, należy rozpatrywać całościowo, wraz z tymi służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, a zatem winny być objęte zwolnioną stawką podatku VAT. W związku z powyższym prosimy równocześnie o zmianę formularza, na taki, który będzie dawał możliwość właściwego wpisania kwot netto, brutto i VAT za poszczególne części usługi.*

Odpowiedź nr 101: *Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację SIWZ w proponowanym zakresie.*

Pytanie nr 102: *Prosimy o wskazanie udziału % czynności objętych zwolnioną stawką podatku VAT w wartości miesięcznej całości usługi (np. 40% czynności objęte 23% stawką podatku VAT, 60% czynności objęte zwolnioną stawką podatku VAT)*

Odpowiedź 102: *Ok. 86 % usługi objęte 23% stawką podatku VAT, ok. 14% usługi objęte zwolnioną stawką podatku VAT.*

Pytanie nr 2 z 21.01.2014 r. *Czy Wykonawca dobrze rozumie, że usługi pomocy przy pacjencie mają być świadczone tylko w Klinice Psychiatrii SPSK 1 PUM ?*

Odpowiedź nr 2: Tak.

Pytanie nr 3 z 21.01.2014 r. *W związku z odpowiedzią na pytanie nr 102, czy Wykonawca dobrze rozumie, że cena netto za usługę pomocy przy pacjencie ma być równa 14 % całkowitej ceny miesięcznej netto za usługę objętą przedmiotowym zamówieniem ?*

Odpowiedź nr 3: *W chwili obecnej usługa pomocnicza przy pacjencie w Klinice Psychiatrii stanowi 14% całkowitej wartości usługi. Udział wspomnianej usługi w całkowitej wartości zamówienia kreuje Wykonawca.*

Pytanie nr 4 z 21.01.2014 r.: *Prosimy o wskazanie minimalnych wymogów Zamawiającego, co do obsady stanowiskowej dla Kliniki Psychiatrii, która zgodnie z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią nr 102 z dnia 20.01.2014 r. stanowi 14% wartości całego zamówienia.*

Odpowiedź nr 4: *W chwili obecnej usługa pomocnicza przy pacjencie w Klinice Psychiatrii stanowi 14% całkowitej wartości usługi. Udział wspomnianej usługi w całkowitej wartości zamówienia kreuje Wykonawca. Wytyczne dotyczące personelu w Klinice Psychiatrii zawarte są w punkcie 16 i 20 SIWZ w Zakresie obowiązków i odpowiedzialność Wykonawcy.*

Przystępujący wskazał, że usługi w zakresie pomocy personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transport pacjentów na(z) płyty lotniska, transport pacjentów na badania są zwolnione od podatku VAT, zaś czynności w zakresie otwierania drzwi, parzenia herbaty, odbierania telefonów i przywoływania rozmówcy – opodatkowane są stawką VAT w wysokości 23%. W wyjaśnieniach z dnia 3 lutego 2014 r. – jako podstawę dla zwolnienia podatkowego wskazał przepis art. 43 ust. 1 pkt 18 a ustawy o VAT.

Odwołujący w odwołaniu oraz w trakcie rozprawy wywodził, że ww. świadczenia polegające na pomocy personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transport pacjentów na(z) płyty lotniska, transport pacjentów na badania, wykonywane w ramach usługi sprzątnięcia szpitala wycenianej w pkt I formularza, nie mają, w okolicznościach danej sprawy, odrębnego i samoistnego charakteru. Zatem powinny być opodatkowane stawką 23 %. Również czynności z zakresu otwierania drzwi, parzenia herbaty, odbierania telefonów i przywoływania rozmówcy, w ramach czynności pomocniczych przy pacjencie wycenianych w pkt II formularza, nie mają takiego charakteru, stąd jako właściwą stawkę należało wskazać – zwolniony od VAT.

Z kolei zamawiający i przystępujący wywodzili, że ww. czynności mają odrębny i samoistny charakter, a zatem należało zastosować dla nich stawkę wynikającą z ustawy o VAT, tj. dla świadczenia polegającego na pomocy personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transportu pacjentów na(z) płyty lotniska, transportu pacjentów na badania – stawkę „zwolnioną”, zaś dla czynności z zakresu otwierania drzwi, parzenia herbaty, odbierania telefonów i przywoływania rozmówcy – stawkę 23%.

W tej sytuacji, że wobec przywołanego stanowiska stron, sporną okazała się jedynie ocena prawnopodatkowa stanu faktycznego. Rozstrzygając w spornej kwestii Izba stwierdziła, że przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego stanowi typowy przykład świadczenia złożonego składającego się z kilku pojedynczych świadczeń, przy czym świadczenia te opodatkowane są różnymi stawkami podatku VAT. Ocena skutków podatkowych świadczenia złożonego zależała zatem od ustalenia czy mamy do czynienia z relacją świadczenia głównego i świadczenia pomocniczego, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń. Podkreślenia wymaga, że problem tzw. świadczeń złożonych był przedmiotem analizy zarówno w orzeczeniach sądów krajowych, jak i TSUE. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, TSUE stwierdził, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Trybunał podkreślał, że pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Trybunał w orzeczeniu tym podkreślił, że świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT.

Natomiast w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën, TSUE wskazał, że art. 2 (1) VI Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że (...) jeżeli dwa lub więcej niż dwa

świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (...). Powyższe prowadzi do wniosku, że jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy i nie spowoduje to że podział będzie sztuczny, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że analiza całości opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia prowadziła do wniosku, że czynności polegające na pomocy personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transportu pacjentów z/ na płyty lotniska, transport pacjentów na badania z punktu widzenia ekonomicznego mogą stanowić odrębne świadczenia, które mogłyby zostać zlecone niezależnie od usługi sprzątnia. Oddzielenie ich od świadczenia polegającego na sprzątniu nie pozbawiałoby ww. czynności ich charakteru i nie byłoby sztuczne. Można bowiem sobie wyobrazić bowiem świadczenie usług sprzątnia niezależnie od czynności z zakresu transportu pacjentów, pomocy personelowi w przenoszeniu i układania pacjentów czy ich transportu. Ponieważ w usłudze określonej w formularzu oferty numerem I i nazwanej „kompleksowym utrzymaniem czystości” zawiera się szereg usług w zakresie opieki medycznej, takich jak m.in.: pomoc personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transport pacjentów na(z) płyty lotniska, transport pacjentów na badania, przystępujący miał prawo do zakwalifikowania tych czynności jako zwolnionych od podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 a ustawy o podatku od towarów i usług.

Natomiast w usłudze określonej w formularzu oferty oznaczonej nr II „czynności pomocnicze w klinice psychiatrii PSK 1 PUIM” występują czynności, które nie mogą być traktowane jako usługi w zakresie opieki medycznej. Z pewnością bowiem do takich usług nie można zaliczyć takich czynności jako odbieranie telefonów, parzenie herbaty, czy otwieranie drzwi. Również i w tym przypadku Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia jakoby rozdzielenie tych świadczeń od usług medycznych było sztuczne. Natomiast usługi takie są opodatkowane stawką podstawowa w wysokości 23%.

Powyższego stanowiska w żaden sposób nie modyfikowały przywołane przez odwołującego w odwołaniu postanowienia s. 1 SIWZ, postanowienia pkt II wzoru formularza ofertowego, s. 23 załącznika nr 7 do SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na pytania nr 101 i 102 z dnia 20 stycznia 2014 r. Rzeczywiście w odpowiedzi na pytania nr 101 z 20 stycznia 2014 r. zamawiający wskazał, że usługi pomocnicze opisane w załączniku nr 7 do SIWZ, dotyczą tylko kliniki psychiatrii. Jednakże jednocześnie, w ślad za tą odpowiedzią nie usunął

z opisu przedmiotu zamówienia na sprzątanie czynności pomocniczych przy pacjencie takich jak pomoc personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transport pacjentów na(z) płyty lotniska, transport pacjentów. Zatem powołane czynności pomocnicze przy pacjencie, wykonywane poza kliniką psychiatrii należało wycenić w cenie za usługę sprzątania.

Nie mogą mieć również znaczenia decydującego odpowiedzi na pytania, w których zamawiający wskazywał, że w ramach dotychczasowej usługi sprzątania, czynności pomocnicze przy pacjencie w klinice psychiatrii stanowią 14 % i objęte są zwolnieniem, zaś pozostałe czynności opodatkowane są stawką podstawową. Z powyższego nie należało jednak wnioskować, że zamawiający oczekuje od wykonawców w obecnym postępowaniu zaoferowania identycznych proporcji usług opodatkowanych stawką zwolniony od podatku. Uszło uwadze odwołującego, że w tych samych odpowiedziach zamawiający przesądził w sposób jednoznaczny, że to wykonawca kreuje wysokość ceny za poszczególne czynności, zaś wypadkową tego będzie ustalenie odpowiedniej proporcji usług opodatkowanych stawką VAT 23 % do usług korzystających ze zwolnienia.

Za stanowiskiem przedstawionym przez zamawiającego i przystępującego przemawiała opinia podatkowa sporządzona przez uprawnionego doradcę podatkowego Mariusza Nowaka, która dotyczyła tego stanu faktycznego. Wywiódł on, że usługę należy opodatkować jedną stawką tylko wówczas, gdy usługi dodatkowe są niezbędne do wykonania usługi głównej i mają charakter pomocniczy w stosunku do usługi głównej (tzn. bez nich usługa główna nie mogłaby być wykonana). Wskazał jednocześnie, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi taka sytuacja, usługi mające w zakresie opieki medycznej mogłyby być nawet powierzone niezależnemu wykonawcy, czyli nie są niezbędne do wykonania usługi sprzątania. Izba nie znalazła podstaw aby opinii tej odmówić przymiotu wiarygodności.

Reasumując stwierdzono, przystępujący nie dopuścił się błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przyjmując, iż nie istnieją podstawy uzasadniające przyjęcie jednolitej stawki podatku VAT w ramach pkt I i II formularza oferty. Nie wykazano bowiem okoliczności, które w tej konkretnej sprawie uzasadniałyby odstępianie od zasady, zgodnie z którą każde świadczenie usług powinno być dla celów VAT traktowane jako odrębne i niezależne.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ polegającego na nieujęciu w składanym wykazie środków

myjących, czyszczących, konserwujących i dezynfekujących chusteczek bezalkoholowych, preparatu do czyszczenia metodą zamglawiania, preparatu do prania przesłon prysznicowych, prania i dezynsekcji nakładek na mop oraz konserwacji podłóg przewodzących.

Izba stwierdziła, że na tle analizowanej SIWZ ww. wykaz nie stanowił treści oferty. Zdaniem Izby wykaz miał charakter pomocniczy, wstępny i niezobowiązujący. O takim statusie omawianego zestawienia świadczyło to, że z żadnego postanowienia SIWZ ani wzoru umowy nie wynikało, aby wykonawcy mieli obowiązek świadczenia usługi wyłącznie przy użyciu środków określonych w wykazie. Przeciwnie, zamawiający zastrzegł sobie w pkt 57 SIWZ prawo do zaakceptowania przez Zespół Kontroli Zakażeń Szpitalnych wykazu używanych przez wykonawcę preparatów. Dostrzeżenia wymagało również to, że zamawiający przewidział dla siebie uprawnienie do zmiany stosowanych przez wykonawcę preparatów chemicznych na inne. Powyższe wynikało z postanowień znajdujących się na str. 24 i 25 SIWZ. Zamawiający opisując tam sprzęty, materiały i preparaty do realizacji zamówienia – w znacznej większości wskazał, że dobór tych sprzętów, materiałów i preparatów będzie uzgadniany z zamawiającym.

Konieczność zatwierdzania wykazu używanych środków przez zamawiającego, prawo do ingerowania w jego treść, brak wymogu, aby wykonawca wykonywał zamówienie przy użyciu środków w wykazie wskazanych oznacza, iż wykaz środków załączony do oferty nie ma znaczenia ostatecznego, a tym samym nie stanowił treści oferty. Całokształt przywołanych wyżej postanowień, które de facto nie zabraniają wykonawcy stosowania w trakcie realizacji umowy zupełnie innych środków, a jednocześnie zastrzegają dla zamawiającego prawo uznaniowego ingerowania w dobór środków na etapie realizacji umowy w oderwaniu od treści wykazu przedłożonego wraz z ofertą, przeczy możliwości uznania go za element oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że zbędne jest rozpatrywanie zarzutów dotyczących zaniechania ujęcia w wykazie wskazywanych przez odwołującego rodzajów preparatów. Nawet bowiem nieujęcie tych środków w omawianym zestawieniu nie oznaczało, że na etapie realizacji umowy wykonawca nie ma prawa do stosowania zupełnie innych środków. Zatem zarzut dotyczący niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ należało ocenić jako bezzasadny.

Jednocześnie Izba, odnosząc się do stanowiska odwołującego, który powołując się na wyrok Izby wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1734/10 wywodził, że wykaz środków czystości został uznany za treść oferty, wskazuje, że w powoływanym wyroku nie przedstawiono analizy charakteru wykazu środków na tle postanowień SIWZ. Nie bez znaczenia mogło być również to, że - jak wynika z uzasadnienia powołanego orzeczenia - wykaz detergentów w tamtej sprawie był częścią wymaganego przez zamawiającego planu

higieny, który na tle wielu postanowień SIWZ podlega ocenie w ramach kryterium jakościowego. A zatem nie sposób wykluczyć, że na tle tamtego stanu faktycznego istniały podstawy do uznania, iż wykaz detergentów stanowił element zobowiązania wykonawcy do spełnienia świadczenia w określony sposób. Jednakże z taką sytuacją z pewnością nie mamy do czynienia w analizowanej sprawie.

Izba wskazuje ponadto, że na konieczność indywidualnego badania charakteru dokumentów żądanych przez zamawiającego wskazywano wielokrotnie w orzecznictwie. Przykładowo, w wyroku z dnia 8 czerwca 2011 r. KIO 1095/11 KIO 1109/11 (dostępny na stronie www.uzp.gov.pl), wywieziono, że postanowienia wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego nie stanowią treści oferty i nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. W wyroku z dnia 7 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 434/10 podkreślono, że możliwość zmiany harmonogramu po zawarciu umowy z danym wykonawcą oznacza, iż harmonogram ten nie stanowi w istocie treści oferty i nie może być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. natomiast w wyroku z dnia 29 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1326/09 słusznie zauważono, że za istotną treść oferty należy przyjąć te zobowiązania wykonawcy, przyjęte w ofercie, które są określone w sposób skonkretyzowany i niezmienny.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 90 ust. 1 ustawy Pzp

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako chybiony. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż

zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako bezzasadne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

Niezasadnym okazał się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie tylko bowiem nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił na czym polegać miało działanie polegające na „manipulowaniu ceną” przez wykonawcę. Niemożliwym było zatem zbadanie w jaki sposób owa bliżej niesprecyzowana manipulacja sprzeczna jest z prawem czy dobrymi obyczajami.

Chybionym okazał się również zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, podniesiony przez odwołującego jako zarzut ewentualny, na wypadek niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie sądów okręgowych i Izby, zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podlega uwzględnieniu, jeżeli istniały w sprawie uzasadnione wątpliwości co do tego, że zaoferowana przez wykonawcę cena mogła zostać skalkulowana w sposób nienależyty. „Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska” (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). W ocenie Izby nie zostało przez odwołującego udowodnione aby takie uzasadnione wątpliwości w analizowanej sprawie wystąpiły. Jak wskazuje się w orzecznictwie uzasadnione wątpliwości takie powinny się pojawić, gdy występuje znaczące zaniżenie ceny ofertowej wobec oszacowanej przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, cen zaoferowanych przez innych wykonawców w postępowaniu, jak również wobec cen rynkowych.

Podkreślenia wymaga to, że cena zaoferowana przez przystępującego w wysokości 19.181.391,36 zł brutto nie tylko nie była znacznie zaniżona wobec oszacowanej przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (17.513.476,80 zł brutto), ale i przewyższała ją o ponad ok. 1,5 mln zł. Cena nie różniła się również znacznie od kalkulowanej niezależnie i w warunkach konkurencyjnych ceny ofertowej odwołującego (22.108.004,64 zł brutto) ani ceny oferty konsorcjum Spółdzielni Inwalidów Naprzód (22.648.960,80 zł brutto). W braku dowodu przeciwnego, różnice pomiędzy tymi cenami w granicach nieco powyżej 10% należało uznać za wynik odmiennego sposobu kalkulowania ceny ofertowej przez poszczególnych wykonawców. Zdaniem Izby przedstawiona przez odwołującego w załączniku nr 1 do odwołania, kalkulacja minimalnych kosztów stanowiła

jedynie wyraz stanowiska odwołującego. Jak wynikało z tej kalkulacji, została ona sporządzona przy uwzględnieniu szeregu założeń poczynionych przez wykonawcę, które – jak wskazano – odwołujący poczynił m.in. na bazie „posiadanego przez siebie doświadczenia”, w oparciu o wizję lokalną, ceny zaoferowanych przez siebie a nie przez przystępującego środków. Założenia te niekoniecznie musiały być zaś poczynione przez przystępującego w jego kalkulacji. Wzięto pod uwagę, że zamawiający w trakcie rozprawy zaprzeczył, jakoby założenia te – zwłaszcza w zakresie najistotniejszych czynników cenotwórczych – tj. kosztów osobowych oraz kosztów środków czystości – obrazowały koszty na poziomie absolutnie minimalnym. Stanowisko zamawiającego znalazło potwierdzenie w treści SIWZ, w której zamawiający nie wskazywał na konieczność zatrudnienia określonej liczby pracowników, czy też zapewnienia określonej ilości środków czystości. Zaś przystępujący do kalkulacji nie mógł się odnieść, gdyż objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego, a zatem wykonawca nie znał treści tej części odwołania.

W ocenie Izby nie zostało również w żaden sposób wykazane jakoby cena oferty przystępującego odbiegała w sposób znaczący od cen rynkowych. Odwołujący nie wykazał bowiem, jak na rynku kształtują się ceny usług zbliżonych do przedmiotu zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podlega oddaleniu jako niezasadny.

4. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Izba stwierdziła, że zarzut art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia częściowo potwierdził się w ustalonym stanie faktycznym. Jednocześnie Izba stwierdziła, że proponowana przez odwołującego kwalifikacja prawna naruszenia jest nieprawidłowa, zaś towarzyszące jej żądanie - przedwcześnie.

Ustalono, że zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki musieli wykazać wykonawcy aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający wskazał w pkt 4 SIWZ, iż *w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Zamawiający żąda wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług – min. 1 - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu do składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz*

których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów wskazujących, że zostały one wykonane lub są wykonywane należycie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. (Załącznik nr 4 do SIWZ).

Co istotne, zamawiający przesądził, że za usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna usługi spełniające łącznie następujące kryteria: kompleksowe usługi utrzymania czystości, wraz z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie, w Zakładach Opieki Zdrowotnej, w których ilość łóżek wynosi ≥ 250 i o wysokości wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy min. 150 000,00 zł.

Zamawiający wymagał również w pkt 4.2. SIWZ, że *Jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt 4.1., polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda pisemnego zobowiązania tych podmiotów dotyczącego:*

- a) zakresu udostępnionych Wykonawcy zasobów innego podmiotu i sposobu ich wykorzystania,*
- b) charakteru stosunku jaki będzie łączył Wykonawcę z tym podmiotem,*
- c) zakresu i okresu udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym powołał się na wiedzę i doświadczenie przy realizacji usługi polegającej na kompleksowym utrzymaniu czystości wraz z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie w ZOZ, liczba łóżek powyżej 250, o wartości ponad 150 tys. zł brutto miesięcznie, wykonywaną od 2000 r do nadal na rzecz Miedziowego Centrum Zdrowia S.A. w Lubinie przez Markop L&A J..... sp.j. w Legnicy. Załączył do wykazu referencje wystawione dla ww. podmiotu trzeciego przez Miedziowe Centrum Zdrowia, w którym zleceniodawca wskazał m.in., że podmiot trzeci świadczy należycie usługę utrzymania czystości w oddziałach szpitala, w których znajduje się ponad 250 łóżek dla pacjentów. Do referencji załączono pisemne zobowiązane wystawione przez Markop L&A J..... sp.j., w którym ten podmiot trzeci zobowiązuje się do współpracy z przystępującym, służąc wiedzą i doświadczeniem przez cały okres realizacji zamówienia.

W wyjaśnieniach z dnia 3 lutego 2014 r. przystępujący poinformował, że podmiot trzeci nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, a jedynie będzie dla niego wsparciem poprzez służenie mu pomocą i doświadczeniem. Podmiot ten nie będzie podwykonawcą przy realizacji zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że nie zostało przez odwołującego wykazane jakoby w oddziałach Miedziowego Centrum Zdrowia S.A w Lubinie, liczba łóżek wynosiła jedynie 238 wobec wymaganych przez zamawiającego w treści warunku – 250. Stanowisko odwołującego pozostało bowiem całkowicie gołosłowne. Odwołujący powoływał się w odwołaniu na bliżej niesprecyzowane strony internetowe Miedzianego Centrum Zdrowia S.A. oraz rejestr podmiotów leczniczych prowadzony przez Wojewodę Dolnośląskiego. Jednakże nie złożył Izbie wydruku ze stron internetowych ani z rejestru podmiotów leczniczych, na które się powoływał. Izba wskazuje, że informacje na temat tego, jakie dane znajdują się w rejestrze podmiotów leczniczych oraz na stronach internetowych, stanowią okoliczności faktyczne, które wymagają przeprowadzenia stosownego dowodu. Zatem nieprzeprowadzenie dowodu oznaczało niewykazanie spornej okoliczności faktycznej.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż „w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego”. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradyktoryjności. Izba wzięła pod uwagę to, że stroną odwołującą było konsorcjum spółek prawa handlowego, reprezentowane przez profesjonalnego pełnomocnika i nie zdecydowała się na dopuszczenie z urzędu innych dowodów, które ewentualnie mogłyby doprowadzić do ustalenia spornej okoliczności. Konsekwencją nie sprostania przez odwołującego obowiązkowi wykazania spornej okoliczności faktycznej były ujemne konsekwencje procesowe, w postaci konieczności uznania zarzutu za gołosłowny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że znalazł potwierdzenie zarzut odwołującego, iż zamawiający nie dysponował dowodami, które umożliwiłyby mu ocenę, czy przystępujący dysponuje zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym do

należytego wykonania zamówienia oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu. Podkreślenia wymaga to, że zamawiający w pkt 4.2. SIWZ wskazał w sposób jednoznaczny, że *Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt 4.1., polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda pisemnego zobowiązania tych podmiotów dotyczącego*

a) zakresu udostępnionych Wykonawcy zasobów innego podmiotu i sposobu ich wykorzystania

b) charakteru stosunku jaki będzie łączył Wykonawcę z tym podmiotem

c) zakresu i okresu udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia

W treści zobowiązania z 10 stycznia 2014 r. firmy Markop L&A J....., jakie przystępujący załączył do oferty, próżno było szukać żądanych przez zamawiającego w pkt 4.2. SIWZ informacji co do sposobu wykorzystania zasobu, charakteru stosunku łączącego oba podmioty, a także zakresu udziału tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. W zobowiązaniu wskazano bowiem jedynie, że podmiot trzeci zobowiązuje się do współpracy z przystępującym, służąc wiedzą i doświadczeniem przez okres realizacji zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, załączone do oferty, było nazbyt ogólne, lakoniczne i nie stanowiło dowodu możliwości polegania za zasobach podmiotu trzeciego. Stanowiło jedynie powielenie ogólnych sformułowań z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co – jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby – nie stanowi dowodu, że wykonawca będzie dysponował zasobem cudzej wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia. Zamawiający bowiem na tej podstawie nie mógł żadną miarą stwierdzić – w jaki sposób tak specyficzny zasób jakim jest wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, który jest nierozzerwalnie związany z tym podmiotem, zostanie wykorzystany przy realizacji zamówienia. W konsekwencji należało stwierdzić, że zamawiający nie dysponował żadnymi informacjami, które w świetle pkt 4.2. SIWZ miały posłużyć mu do oceny czy przystępujący rzeczywiście zapewnił sobie dostęp do zasobu, oraz czy wskazany sposób udostępniania zasobu zagwarantuje, że zasób ten rzeczywiście będzie wykorzystywany przy realizacji zamówienia. Powyższe budzi zaś uzasadnione wątpliwości ze względu na to, że zgodnie z formularzem ofertowym przystępującego, ww. podmiot trzeci nie będzie wykonywał jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że przystępujący, wskutek nieudowodnienia polegania za zasobie wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego na zasadach wynikających z art. 26 ust. 2b

ustawy Pzp, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Tym niemniej Izba uznała, że wykluczenie przystępującego z postępowania byłoby przedwczesne. Podkreślenia wymaga, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp musi być bowiem poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie zmienia tego fakt, że przystępujący był już wzywany w dniu 29 stycznia 2014 r. do przedłożenia dokumentów na tej podstawie, zakres wezwania był bowiem inny. Nakazane przez Izbę wezwanie będzie zatem pierwszym i nie naruszy zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała zamawiającemu w pkt 1 wyroku wykonanie czynności wezwania, której zamawiający w postępowaniu zaniechał. Zamawiający w wykonaniu wyroku Izby wezwie przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 4 SIWZ. Zaś w przypadku, gdy wykonawca wykazując spełnianie tego warunku polegać będzie na zasobach podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający oceni na podstawie złożonych dowodów, czy zostało wykazane, że wykonawca rzeczywiście zapewnił sobie dostęp do zasobu oraz czy wskazany sposób udostępniania zasobu zagwarantuje, że zasób ten rzeczywiście będzie wykorzystywany przy realizacji zamówienia. Zamawiający powyższe okoliczności ustali na podstawie informacji wynikających z zobowiązania lub innych dowodów odnośnie zakresu udostępnionych wykonawcy zasobów innego podmiotu i sposobu ich wykorzystania, charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z tym podmiotem, a także weźmie pod uwagę zakres i okres udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Izba przy wyrokowaniu nie mogła wziąć pod uwagę nowego zobowiązania, które przystępujący załączył do swego pisma procesowego a które w chwili podejmowania zaskarżonej czynności nie było zamawiającemu znane. Oczywistym jest bowiem, że zobowiązanie takie nie zostało złożone zamawiającemu, a zatem nie było przedmiotem jego oceny z punktu widzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę „stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Zaś sformułowanie „w toku postępowania” odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprowadzić dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r.

sygn. akt X Ga 652/13 (dostępny na stronie internetowej uzp.gov.pl). Jednocześnie podkreślić należy, że przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby de facto, że ocena dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu dokonana zostałaby po raz pierwszy dopiero przez Izbę. Powyższe prowadziłyby do niedopuszczalnego przeniesienia oceny spełnienia warunku z zamawiającego na Izbę. Tymczasem, jak słusznie podkreślono w ww. wyroku Sądu okręgowego, w świetle art. 180 ust. 1 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba powołana jest jedynie do oceny prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego, co czyni w granicach podniesionych zarzutów. Izba nie jest zatem powołana do dokonywania za zamawiającego oceny składanych mu oświadczeń i dokumentów.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, ograniczając wysokość wynagrodzenia do kwoty 3600,00 zł, maksymalnie dopuszczalnej w myśl ww. przepisów.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....