

Sygn. akt: KIO 3537/21
KIO 3548/21

WYROK

z dnia 21 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 6 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Fudeko S. A., Fudeko Med Sp. z o. o., ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia,**

B. w dniu 6 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: „Izan +” Sp. z o. o., Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04 - 749 Warszawa - Międzylesie,**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Impel System Sp. z o.o., ARS Medica Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3537/21 i KIO 3548/21 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., DGP PROVIDER Sp. z o. o., 7 MG Sp. z o.o., Partner Medica Sp. z o.o., ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3548/21 po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Ever Medical Care Sp. z o.o., Ever Cleaning Sp. z o.o., Everteam Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3548/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala
odwołanie w pkt A. o sygn. akt KIO 3537/21;
2. uwzględnia
odwołanie w pkt B. o sygn. akt KIO 3548/21 i nakazuje Zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - odtajnienie oferty Konsorcjum Impel System Sp. z o.o., ARS Medica Sp. z o.o. w zakresie wykazu oferowanych środków czystości oraz dokumentów potwierdzających dopuszczenie w placówkach ochrony zdrowia,
 - odtajnienie oferty Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. Partner Medica Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o, DGP Provider Sp. z o.o, 7MG Sp. z o.o. w zakresie wykazu oferowanych środków czystości i karty charakterystyki dla środków czystości/opisu środków przeznaczonych do realizacji umowy,
 - powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Fudeko S. A., Fudeko Med Sp. z o. o., ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia (sygn. akt KIO 3537/21)** i zamawiającego: **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04 - 749 Warszawa - Międzylesie (sygn. akt KIO 3548/21), i:**
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Fudeko S. A., Fudeko Med Sp. z o. o., ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia: (sygn. akt KIO 3537/21)** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: „Izan +” Sp. z o. o., Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** tytułem wpisu od odwołania, w tym:
 - 3.1.1. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Fudeko S. A., Fudeko Med Sp. z o. o., ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia: (sygn. akt KIO 3537/21),**
 - 3.1.2. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: „Izan +” Sp. z o. o., Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków,**

oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: „Izan +” Sp. z o. o., Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (sygn. akt KIO 3548/21),

- 3.2. zasądza od zamawiającego: **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04 - 749 Warszawa - Międzylesie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: „Izan +” Sp. z o. o., Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków (sygn. akt KIO 3548/21)** kwotę **18 634 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej.

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

Przewodniczący

**Sygn. akt: KIO 3537/21
KIO 3548/21**

Uzasadnienie

Zamawiający, Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Międzyleskim Szpitalu Specjalistycznym na okres 24 miesięcy”. Ogłoszone o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2021 r. pod nr 2021/S 153-407297.

Dnia 26 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum: Impel System Sp. z o.o., ARS Medica Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum Impel”.

KIO 3537/21

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: Fudeko S.A., Fudeko Med Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku wnieśli odwołanie wobec:

1) zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błąd w obliczeniu ceny;

2) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, jako zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i błąd w obliczeniu ceny;

3) wyboru jako najkorzystniejszej, oferty zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny;

4) z ostrożności procesowej — zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;

5) z ostrożności procesowej - wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 224 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas gdy istotna część składowa ceny wdaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, jako zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1) — 3), z ostrożności procesowej: 4. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

5. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji..

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. w

wezwania Konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych;

2. u

nieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Impel jako najkorzystniejszej;

3. o

odrżucenia oferty Konsorcjum Impel, jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie jej części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zawierającą błędy w obliczeniu ceny;

4. p

powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Odwołującego;

5. z

zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1) i 2), z ostrożności procesowej:

6. odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

7. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Odwołującego, która została sklasyfikowana jako druga w rankingu.

W ocenie Odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

I. Zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym zamówieniu głównym przedmiotem zamówienia jest wykonywanie kompleksowego utrzymania czystości środkami czystości, zapewnionymi przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego. Wskazują na to następujące przesłanki:

- jako kod CPV Zamawiający wskazał kod 90900000 - usługi sprzątnia;
- opis przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje: sprzątnie, mycie, czyszczenie, odkurzanie, szorowanie, dezynfekcję powierzchni pionowych i poziomych, sprzętów, wyposażenia trwałego, kładzenie powłok akrylowych;

- na potwierdzenie legitymowania się przez wykonawcę zdolnością techniczną lub zawodową, niezbędną do realizacji zamówienia Zamawiający żądał wykazania się realizacją bądź zrealizowaniem w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usług odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi postępowania tzn. wykonaniem lub wykonywaniem należycie usługi sprzątnia w stacjonarnych podmiotach leczniczych, które są zrealizowane na powierzchni nie mniejszej niż 6000m².

W odpowiedzi na pytania wykonawców (nr 29, 34) Zamawiający wyraźnie wskazał, iż *przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa utrzymująca czystość dużych i małych powierzchni miejsc dotykowych. Nie dotyczy kuchni i obsługi pacjenta. Zgodnie z SWZ, w odpowiedzi na pytania wykonawców (nr 107 i 120) Zamawiający wskazał, że osoby wykonujące czynności utrzymania czystości nie mogą także wykonywać czynności wnikających z zakresu prac pomocniczych przy pacjencie oraz że personel wykonawcy nie będzie brał udziału w dystrybucji posiłków dla pacjentów oraz pomocy przy karmieniu pacjentów. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący wskazał, że treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 Pzp stanowi integralną część SWZ.*

Biorąc pod uwagę Opis Przedmiotu Zamówienia, oszacowanie przez Konsorcjum Impel miesięcznych kosztów świadczenia usługi utrzymania czystości w Szpitalu na poziomie 11.5 tys. złotych netto, uwzględniając:

- 1) koszty zatrudnienia wykwalifikowanego personelu,
- 2) zapewnienie pracownikom profesjonalnego sprzętu do utrzymania czystości, a niezbędnego dla wykonania usługi,
- 3) zapewnienie pracownikom środków ochrony osobistej w postaci ubrań chirurgicznych, kombinezonów ochronnych, ochraniaczy na obuwiu, czepków, gogli, przyłbic, rękawiczek (vide: odpowiedź na pytanie nr 38),
- 4) zapewnienie odpowiedniego profesjonalnego sprzętu i środków do ekstrakcyjnego prania żaluzji, rolet i verticali (vide: odpowiedź na pytanie nr 80);

winno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do realności zaproponowanej ceny. Odwołujący odniósł się do definicji rażąco niskiej ceny w orzecznictwie sądów okręgowych i wskazał na obowiązek Zamawiającego, wynikający z art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Odwołujący podkreślił, że ustawodawca w art. 224 ust. 5 Pzp wprowadził odwrócony ciężaru dowodu, tj., że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że taka cena nie wystąpiła.

Na marginesie Odwołujący wyjaśnił, że w swojej ofercie ujął usługi pomocnicze z najdalej posuniętej ostrożności, tj. z uwagi na ujęcie przez Zamawiającego w § 1 ust. 6 pkt g) Załącznika nr 1 do SWZ — Projektu Umowy „czynności pomocniczych pod nadzorem personelu medycznego w ramach serwisu dziennego”. Z uwagi na rozbieżność pomiędzy przytoczonym punktem, a SWZ oraz wyjaśnieniami Zamawiającego do SWZ, Odwołujący, mając nadzieję, że jest to zwykła omyłka pisarska, z ostrożności zaznaczył, iż w razie konieczności wykonania takich czynności — jest on uprawniony do skorzystania ze zwolnienia z VAT.

II. Zarzut błędu w obliczeniu ceny

Z powyższej analizy wynika, iż przedmiotem zamówienia są objęte wyłącznie kompleksowe usługi sprzątnia oraz transportu odpadów medycznych, a w ich zakresie nie mieszczą się jakiegokolwiek usługi związane z obsługą pacjenta (tzw. czynności pomocnicze). Z analizy oferty Konsorcjum Impel wynika, że potraktowało ono usługi pomocnicze przy pacjencie oraz transport odpadów medycznych jako główny przedmiot zamówienia, wyceniając je w sposób niewspółmiernie wysoki w stosunku do zakresu obowiązków oraz nieproporcjonalnie wysoki w stosunku do całości zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wartościowo w skali miesiąca w ofercie Konsorcjum Impel usługi czystościowe stanowią brutto 14 139,49 zł (6,08%) netto 11 495,52 zł (5,00%), usługi pomocowe i transportowe - brutto 218 414,48 zł (93,92%) netto 218 414,48 zł (95,00%). Suma - brutto 232 553,97 zł netto 229 910,00 zł. Podatek VAT w ofercie Konsorcjum Impel stanowi zaledwie 1,14% wartości brutto przedmiotu zamówienia, co wskazuje, że Konsorcjum Impel w zasadzie potraktowało usługi pomocowe i transport jako kompleksową usługę, będącą przedmiotem zamówienia, co nie odpowiada rzeczywistemu stanowi faktycznemu. Powyższe świadczy jedynie o sztucznym i nieproporcjonalnym zawyżeniu ceny świadczenia usług pomocniczych oraz transportu odpadów kosztem

usługi głównej, którą — jak wykazano powyżej - bez wątplenia jest sprzątnie i utrzymanie czystości w Szpitalu.

Cel takiego rozłożenia kosztów jest oczywisty. Sprzątnie pomieszczeń obciążone jest stawką podstawową podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy czynności pomocnicze i transport odpadów medycznych stanowią usługę zwolnioną z VAT, a przerzucenie kosztów na czynności pomocnicze przy pacjencie oraz usługi transportu odpadów powoduje obniżenie ceny brutto całej oferty, co z kolei zwiększa szanse na wygranie przetargu. Bez wątplenia działanie takie stanowi manipulowanie ceną usługi i obchodzenie przepisów skarbowych.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek weryfikować złożone oferty pod kątem prawidłowości naliczenia podatku VAT (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11).

Oczywistą konsekwencją zawyżenia kosztów świadczenia usług pomocniczych przy pacjencie jest nieproporcjonalnie niska wycena usługi głównej — czyli utrzymania w czystości pomieszczeń Szpitala. Bez wątplenia, biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, cena ta jest ceną nierealistyczną, odbiegającą od minimalnych cen rynkowych, nieproporcjonalną do przedmiotu zamówienia (por. wyrok SO w Katowicach z dnia 21.06.2010 r. sygn. akt: XIX GA 175/10; wyrok SO w Radomiu z dnia 14.02.2006 r. sygn. akt IV Ca 28/06; wyrok KIO z dnia 14.02.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/73/08).

Nie ulega wątpliwości, iż proporcja, a raczej dysproporcja pomiędzy zakresem usług sprzątnia, stanowiącym w zasadzie w całości przedmiot zamówienia (5% przedmiotu zamówienia wg Formularza ofertowego Konsorcjum), a zakresem czynności pomocniczych przy pacjencie, (które — jak wskazał sam Zamawiający — nie są objęte przedmiotem zamówienia) oraz transportu odpadów (95% przedmiotu zamówienia wg formularza ofertowego Konsorcjum), jest więcej niż rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z jednolitym stanowiskiem organów podatkowych, usługi utrzymania czystości 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 również przypisać celu terapeutycznego. Świadczenia zdrowotne - działania medyczne dotyczą bowiem pacjentów i wykonywane są w stosunku do pacjentów, którzy są ich odbiorcami.

Zwolnione od podatku VAT 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, określane ogólnie w orzecznictwie TSUE jako posiadające cel terapeutyczny. Ponadto, Trybunał wskazał, że pojęcie „opieka medyczna” dotyczy świadczeń medycznych, które służą diagnozie,

opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Nie sposób więc uznać, że wymienione wyżej usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia są świadczeniami zdrowotnymi wykonywanymi w stosunku do chorych, mającymi cel terapeutyczny. Zapewniają one jedynie prawidłowe funkcjonowanie podmiotu leczniczego pod względem technicznym i porządkowym oraz zapewniają utrzymanie prawidłowych warunków sanitarno-higienicznych pomieszczeń szpitalnych. Nie ma zatem podstaw do rozciągania zakresu zwolnienia dla usług opieki medycznej na wyżej wymienione czynności. W odniesieniu do ww. czynności nie jest zatem spełniona przesłanka przedmiotowa warunkująca zastosowanie zwolnienia od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a u.p.t.u.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz zasadę, zgodnie z którą, pojęcia dotyczące zwolnień należy interpretować w sposób ścisły, ponieważ zwolnienia te stanowią odstępstwa od ogólnej zasady opodatkowania VAT, należy stwierdzić, że wskazane wyżej czynności mają charakter porządkowy, a ich celem jest utrzymanie porządku i czystości w podmiocie leczniczym, a nie leczenie pacjentów. Tym samym czynności wskazanych przez Zamawiającego w SWZ i Opisie Przedmiotu Zamówienia nie można zakwalifikować, jako czynności pomocniczych przy pacjencie. Odwołujący wskazał, że powyższe wątpliwości zostały szczegółowo przedstawione Zamawiającemu pismem z dnia 4 października 2021 r.

Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu ceny oferty, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wstąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia. (...) Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2021 r. (KIO 2079/21) wydany w postępowaniu prowadzonym na skutek wniesienia odwołania przez Konsorcjum Impel System Sp. z o.o. i ARS Medica Sp. z o.o, Optima Care sp. z o. o., Optima Cleaning sp. z o.o. Na gruncie tej sprawy, Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, ponieważ Konsorcjum zastosowało stawkę zwolnioną z VAT w stosunku do czynności pomocniczych przy pacjencie, które nie były objęte przedmiotem zamówienia. W w/w

wyroku Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny była prawidłowa i uzasadniona.

Również na gruncie niniejszego stanu faktycznego, Zamawiający jasno i wyraźnie określił sposób obliczania ceny, precyzując w wyjaśnieniach, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest „usługa utrzymująca czystość dużych i małych powierzchni miejsc dotykowych. Nie dotyczy kuchni i obsługi pacjenta”. Natomiast jak wynika z SWZ oraz Opisu Przedmiotu Zamówienia, co zostało wielokrotnie podkreślone, usługi transportu odpadów medycznych, jako czynności zwolnione z opodatkowania, stanowią niewielką część całego zamówienia, a nie jak wyliczyło Konsorcjum Impel — 95%.

Odwołujący wskazał na fakt, iż usługi czynności pomocniczych przy pacjencie są świadczone na rzecz Zamawiającego przez inny, zewnętrzny podmiot, tj. MS WORK SERVICE sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, przy czym umowa zawarta została od dnia 1 listopada 2020 r. do dnia 31 października 2022 r. Fakt ten stanowi kolejny dowód na to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego dotyczy wyłącznie świadczenia usług sprzątnięcia i utrzymania czystości na jego rzecz oraz w niewielkiej części transportu wewnętrznego.

Ponadto, wedle wiedzy Odwołującego, Zamawiający dysponuje także własnym personelem medycznym, który wykonuje czynności pomocnicze przy pacjencie.

III. Szczegółowe wyliczenia minimalnych kosztów niezbędnych do realizacji usługi

a) analiza metrażu wyłączonego z możliwości świadczenia usług pomocniczych przy pacjencie

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ — Wykaz pomieszczeń przeznaczonych do sprzątnięcia, łączna powierzchnia tych pomieszczeń wynosi 24.505,55 m². Odwołujący dokonał szczegółowej analizy, na jakiej części powierzchni brak jest możliwości świadczenia usług pomocniczych przy pacjencie, z której wynika, że łączna wielkość metrażu, na którym brak jest możliwości świadczenia usług pomocniczych przy pacjencie wynosi 7.683,86 m².

b) analiza liczby roboczogodzin niezbędnych dla prawidłowej realizacji usług sprzątnięcia na obszarze, na którym nie ma możliwości świadczenia usług pomocniczych przy pacjencie.

Na podstawie Załącznika nr 5 do SWZ — Harmonogram sprzątnięcia w MSSW Odwołujący dokonał szczegółowej analizy, na jakiej części powierzchni brak jest możliwości świadczenia usług czynności pomocniczych przy pacjencie. Odwołujący opracował Grafiki obszarów, na których brak jest możliwości świadczenia usług pomocniczych przy pacjencie (Załącznik nr 4 do odwołania), z którego wynika, że łączna liczba roboczogodzin niezbędnych dla świadczenia usług utrzymania czystości wynosi 2.309, co w przeliczeniu na pełne etaty (Zamawiający wymaga zatrudniania pracowników

na umowę o pracę) wynosi 13,74 etatu. Zgodnie z decyzją Rady Ministrów, wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę od początku 2022 roku wyniesie 3010 zł brutto. Minimalny koszt pracodawcy zatrudnienia pracownika w 2022 roku wyniesie 3.626,46 złotych miesięcznie, co przy pomnożeniu przez liczbę pełnych etatów wymaganych przez Zamawiającego, daje miesięcznie kwotę 49.842,24 złotych.

Skoro Konsorcjum Impel zaoferowało realizację przedmiotu zamówienia, za kwotę 11.495,52 złotych netto miesięcznie, to kwota ta nawet w jednej czwartej nie jest w stanie pokryć równowartości miesięcznego minimalnego wynagrodzenia pracowników skierowanych do realizacji usługi sprzątania.

Koszt zatrudnienia wykwalifikowanego personelu jest tylko jedną z części składowych łącznego kosztu wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący dokonał więc analizy kosztów związanych ze zużyciem chemii i środków niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia. Wyniki tej analizy wskazują, że miesięczny koszt zapewnienia przez wykonawcę pracownikom profesjonalnego sprzętu do utrzymania czystości, a niezbędnego dla wykonania usługi, kształtuje się na poziomie ponad 7,5 tys. zł miesięcznie.

Powyższe analizy bezwzględnie dowodzą, iż Konsorcjum Impel nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, biorąc pod uwagę fakt, że minimalna możliwa kwota, za którą jakkolwiek wykonawca byłby w stanie wykonać usługę sprzątania, kształtuje się na poziomie 57.380,22 zł (49.842,24 zł + 7.537,98 zł).

IV. Zarzut złożenia oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji

Z daleko idącej ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1) i 2), Odwołujący zarzucił dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, odwołując się do definicji czynu nieuczciwej konkurencji zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Aby więc uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji ma niejednokrotnie charakter ocenny, stąd też ewentualne odrzucenie oferty powinno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień (a niekiedy być może i przedstawienie dowodów) na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Odwołujący przywołał orzecznictwo i piśmiennictwo

stwierdzając, że wybór oferty Konsorcjum Impel stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) i 8) i 10) Pzp, a także narusza klauzulę generalną wskazaną w art. 16 pkt. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach Konsorcjum: Impel System Sp. z o.o. ARS Medica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3537/21 po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 17 grudnia 2021 r. Przystępujący przedstawił pisemne stanowisko w sprawie. Zdaniem Przystępującego, żaden z zarzutów Odwoływającego nie został udowodniony.

Co do zarzutu 1 Przystępujący wskazał, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 224 ust 2 Pzp nie zaistniała. Zamawiający nie miał zatem przesłanek do wzywania wykonawcy do wykazywania w trybie art. 224 ust 5, iż ich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający badał w jaki sposób została skonstruowana oferta Przystępującego i złożone wyjaśnienia uznał za wyczerpujące. Ani tej czynności ani złożonych wyjaśnień Odwoływający w treści odwołania nie kwestionuje.

Odnosnie zarzutu nr 2, to bezsporne jest, iż zarówno Odwoływający jak i Przystępujący zawarli w swoich ofertach dokładnie te same stawki podatku VAT. Poza sporem w niniejszym odwołaniu jest okoliczność, że zastosowanie dwóch stawek podatku VAT — przez podmioty spełniające do tego działania przewidziane prawem przesłanki — w przedmiotowym postępowaniu jest prawidłowe.

Trudno zatem mówić o czynnie nieuczciwej konkurencji — zarzut 4 i 5 — między podmiotami składającymi oferty konstruowane w podobny sposób.

Skoro zastosowanie zwolnienia z VAT do usług objętych zamówieniem wydaje się w niniejszej sprawie bezsporne, co potwierdził sam Odwoływający, stosując taki reżim opodatkowania w swojej ofercie, to niezrozumiały jest sformułowany zarzut, że czynności wskazanych przez Zamawiającego w SWZ i Opisie Przedmiotu Zamówienia nie można zakwalifikować jako usługi zwolnione. Z powyższego wynika, że Odwoływający w istocie składając ofertę oraz odwołanie nie wiedział i nadal nie wie jaki jest właściwy poziom usług zwolnionych z VAT. Z tego powodu nie może jednak stawiać Przystępującemu zarzutu błędu w obliczeniu ceny i zarzutu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, w której Przystępujący potrafi właściwie zidentyfikować czynności objęte zwolnieniem z VAT w ramach usług objętych zamówieniem.

„Dowodem” na wystąpienie rażąco niskiej ceny ma być wyliczenie cen zakupu środków i prania mopów oraz obsadę osobową — strony 13-16 odwołania. Kryteria przyjęte przez Odwoływającego przy tych zabiegach nie wynikają z zapisów swz, są wizualizacją

założeń i sposobu wykonywania usługi przyjętych przez Odwołującego. Argumentacja Odwołującego (strony 3-6 odwołania) opiera się na jego własnych ustaleniach, co jest głównym a co pobocznym przedmiotem zamówienia w oparciu o m.in. nazwę przetargu, kod CPV zawarty w ogłoszeniu, wycinkowo przedstawione w odwołaniu odpowiedzi Zamawiającego udzielone wykonawcom.

Odwołujący pomija w odwołaniu odpowiedź Zamawiającego na pyt. 37 do SWZ, w którym wyraźnie wskazano, iż: „Zamawiający poprawia formularz ofertowy. Wykonawca zobowiązany jest wykazać wszystkie podatki w tym również zwolnienie.”

Zatem — wbrew temu co zdaje się sugerować Odwołujący — Zamawiający zgodnie z prawem pozostawił wykonawcom kwalifikację podatkową usług, które ci ostatni zamierzali mu zaoferować.

Zwolnienie z VAT zostało zastosowane przez Przystępującego w stosunku do usług, obejmujących następujące czynności wymienione w pkt II Załącznika nr 1 do SWZ:

- utrzymanie w czystości podłóg, ścian, drzwi, drzwi przeszklonych, powierzchni wewnętrznych pionowych przeszklonych, stołów zabiegowych, mebli, parapetów, drzwi, lustek, glazury, armatury sanitarnej, osłon elektrycznych grzejników, stojaków, pojemników na odpady itp., z wyjątkiem specjalistycznej aparatury medycznej;
- mycie, dezynfekcję i uzupełnianie pojemników na mydło, środki dezynfekcyjne, ręczniki papierowe, papier toaletowy,
- wykładanie koszy i stelaży workami na śmieci zgodnie z procedurami obowiązującymi w MSSW,
- przygotowanie i transport odpadów komunalnych do wyznaczonych miejsc oraz przygotowanie (oznakowanie i zabezpieczenie) odpadów medycznych do transportu,
- transport odpadów komunalnych do kontenerów,
- transport odpadów medycznych do pomieszczenia magazynowania odpadów medycznych w godzinach wyznaczonych przez Zamawiającego,
- mycie kloszy osłon lamp, kratki wentylacyjnych (po uprzednim zdjęciu przez pracownika Działu Technicznego),
- utrzymywanie we właściwej czystości sprzętu do sprzątnięcia,
- zachowanie tajemnicy na temat wszystkich zdarzeń w związku z wykonywaniem pracy w szpitalu,
- niezwłoczne oddanie pielęgniarkom/położnym wszystkich przedmiotów znalezionych w pomieszczeniach Szpitala oraz natychmiastowe powiadomienie zauważonej sytuacji wymagającej interwencji, w zakresie w jakim ww. czynności będą realizowane na następujących powierzchniach Zamawiającego (dalej jako „część medyczna”):
- komórki organizacyjne udzielające świadczeń medycznych całodobowo, określone jako takie i wymienione w pkt 1 — 17 Załącznika nr 2 do SWZ,

- komórki organizacyjne udzielające świadczeń medycznych w trybie ambulatoryjnym/dziennym, określone jako takie i wymienione w pkt 1 — 8 Załącznika nr 2 do SWZ, o inne komórki medyczne, określone jako takie i wymienione w pkt 1 — 7 Załącznika nr 2 do SWZ.

W tej części usługa świadczona przez Przystępującego będzie stanowić element kompleksowej usługi wspierającej procesy medyczne realizowane przez Zamawiającego, a zatem spełniać cel zwolnienia z VAT w postaci zmniejszenia łącznego kosztu tej opieki.

W stosunku do czynności wymienionych w pkt II Załącznika nr 1 do SWZ i realizowanych na powierzchniach opisanych w Załączniku nr 2 do SWZ jako: pomieszczenia administracyjne/gospodarcze, ciągi komunikacyjne, hotel pielęgniarski, Konsorcjum będzie stosowało 23% VAT.

W ocenie Przystępującego, ww. usługi objęte zamówieniem, które będą realizowane w wyspecyfikowanej wyżej „części medycznej” Zamawiającego mieszczą się w definicji tzw. usług ściśle związanych z usługami opieki medycznej, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług i które na mocy powołanych przepisów są objęte zwolnieniem z podatku VAT. Zakres przedmiotowy wyżej powołanych przepisów jest tożsamy, różnią się one wyłącznie przesłanką podmiotową. Przystępujący wyjaśnił, że członek Konsorcjum, dedykowany do realizacji usług w „części medycznej” (Ars Medica sp. z o.o.) posiada status podmiotów leczniczych, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług. Nie wyłącza to możliwości korzystania przez ten podmiot z podstawy opisanej w art. 43 ust. 1 pkt 18a ww. ustawy, z uwagi na identyczne brzmienie wskazanych w przepisów w części, w jakiej regulują one zakres przedmiotowy zwolnienia z VAT.

Przystępujący podniósł, że wykładnia przedmiotu zwolnienia została zaprezentowana w treści Interpretacji Ogólnej wydanej przez Ministra Rozwoju i Finansów w dniu 29 grudnia 2017 r., znak: PTI.8101.5.2017.PSG.622. Interpretacja ogólna stanowi akt mający na celu zapewnienie jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy podatkowe, zaś przepisy Ordynacji podatkowej (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 1325 ze zm., dalej: OP) wiążą z jej stosowaniem moc ochronną także dla podatników, dlatego respektowanie wyrażonej w niej wykładni stanowi zasadniczy warunek bezpiecznego prowadzenia działalności w przedmiocie objętym postępowaniem. Wedle art. 14b S 5a OP, jeżeli przedstawione we wniosku stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe odpowiadają zagadnieniu będącemu przedmiotem interpretacji ogólnej wydanej w takim samym stanie prawnym nie wydaje się interpretacji indywidualnej.

Zgodnie z treścią Interpretacji ogólnej: *„W kontekście kwalifikowania usług wykonywanych w ramach świadczenia opieki szpitalnej i medycznej, zauważyć należy, że opieka taka stanowi pewien proces (na który składa się wiele różnych czynności*

wykonywanych na terenie danej placówki) rozpoczynający się od momentu przyjęcia pacjenta do placówki medycznej, a kończący się w momencie opuszczenia przez pacjenta tej placówki.

W ramach powyższego procesu konieczne jest wykonanie wielu czynności, z których część może być również — i w praktyce często jest — wykonywana przez podmioty zewnętrzne. Spośród tych czynności, te, które spełniają warunki do uznania ich za usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, tj. stanowią nieodzowny element działalności placówek, świadczących taką opiekę, podlegają zwolnieniu od VAT na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT (...).

Wśród takich usług można przykładowo wymienić: wsparcie pielęgniarek lub salowych w opiece nad pacjentami przy wykonywaniu czynności higienicznych i pielęgnacyjnych — w tym związanych z potrzebami fizjologicznymi pacjentów (m. in. pomoc przy ubieraniu, karmienie, przewijanie, rozdawanie posiłków, transport pościeli i ścielenie łóżek szpitalnych, usuwanie pojemników z wydzielinami), monitorowanie stanu pacjentów, transport pacjentów na terenie placówki medycznej, pomoc w przygotowaniu do operacji lub zabiegu (zmiana odzieży i obuwia, oraz inne czynności niezbędne do przeprowadzenia procedur medycznych), przygotowanie pomieszczeń i przedmiotów niezbędnych do operacji i zabiegów medycznych

(sprzątanie i dezynfekcja pomieszczeń, sterylizacja narzędzi, stołów operacyjnych, pojemników i innych przedmiotów, czynności związane z przygotowywaniem leków), asystowanie podczas operacji lub zabiegu (ubieranie zespołu medycznego, podawanie sterylnych pakietów), czynności związane z gospodarką bielizną i odzieżą szpitalną oraz pościelą (jej zmiana, transport wewnątrzszpitalny, pranie), zapewnienie odpowiedniego wyżywienia pacjentów, czynności związane z gospodarką odpadami szpitalnymi (ich usuwanie i transport wewnątrzszpitalny), transport wewnątrzszpitalny przedmiotów używanych w procesie opieki medycznej (narzędzi, materiałów i pojemników do badań, krwi i materiałów krwiopochodnych, wyników badań, łóżek, wózków, materacy), czynności administracyjne (przyjęcie do placówki medycznej, wywiad medyczny — w tym pomoc w wypełnianiu kwestionariuszy, wypisanie z placówki medycznej).”

Powyższą kwalifikację czynności stanowiących element procesu opieki medycznej, w tym czynności związanych z utrzymaniem odpowiedniego stanu sanitarno-epidemiologicznego pomieszczeń zakładu leczniczego, w których przeprowadzane są procesy lecznicze albo ściśle z nimi związane oraz czynności polegające na dostarczaniu posiłków do pacjentów potwierdza także orzecznictwo sądów administracyjnych.

Zgodnie z wyrokiem NSA (wyrok NSA z dnia 19 grudnia 2018 r. sygn. akt: I FSK 2118/16) w przypadku świadczenia szpitalnego, zwolnieniem od podatku mogą być objęte

usługi ściśle związane z usługami podstawowymi, takie jak (przykładowo): mycie i dezynfekcja kaczek, nocników i basenów, wymiana bielizny pościelowej, mycie i dezynfekcja łóżek po wypisie, rozdawanie lub pomoc przy rozdawaniu posiłków, pomoc przy transporcie i myciu narzędzi medycznych, transport czystej i brudnej bielizny, transport odpadów, transport posiłków, ich dystrybucja, zbieranie i transport resztek pokonsumpcyjnych, transport łóżek, czy transport materiałów biologicznych do badań). Analogiczne stanowisko zostało wyrażone w wyroku NSA z dnia 28. października 2020 r., sygn. akt I FSK 980/19.

Należy mieć na uwadze, że wskazane w Interpretacji ogólnej oraz powołanych wyrokach NSA usługi ściśle związane z usługami opieki medycznej mają jedynie charakter poglądowy i nie stanowią zamkniętego katalogu tego rodzaju czynności.

Przystępujący podkreślił, że jak wskazano w treści Interpretacji: *„Dla zastosowania wskazanego zwolnienia nie ma w szczególności znaczenia, czy dana czynność jest fizycznie wykonywana w obecności konkretnego pacjenta (lecz jej nieodzowność z punktu widzenia zapewnienia należytej opieki pacjentom)”*.

Powyższe jednoznacznie uzasadnia kwalifikację dokonaną przez Przystępującego, który stosuje zwolnienie do usług obejmujących wszystkie czynności mieszczące się w procesie opieki świadczonej na rzecz pacjenta, a nie tylko tzw. czynności przy pacjencie, czyli takich, których wykonywanie następuje w obecności pacjenta i go bezpośrednio dotyka. Wykładnię prezentowaną przez Przystępującego potwierdza treść Interpretacji ogólnej oraz wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. I FSK 2118/16 oraz z dnia 28 października 2020 r., sygn. I FSK 980/19, zaś wykładnia odmienna od powyższej powinna być uznana za wykładnię niezgodną z ww. regulacjami.

Pismem z dnia 17 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odnosnie tego, czy wykonawca dokonał właściwego oszacowania oferty z punktu widzenia określenia podatku VAT, Zamawiający miał wątpliwości i wystąpił do wykonawcy celem wyjaśnienia, dlaczego zastosował tzw. zwolnienie z podatku VAT w zakresie części oferty. Wykonawca udzielił w tym zakresie pisemnych i obszernych wyjaśnień powołując się na interpretację ogólną Ministra Finansów.

Wbrew odwołaniu nie sposób tu mówić o rażąco niskiej cenie w jakimkolwiek zakresie, co do błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający zmuszony był do podjęcia decyzji, czy uprawniony jest do dokonywania interpretacji podatkowej. To jest bowiem klucz problemu, który został postawiony w tej sprawie. Jak wiadomo podmiotami wyłącznie uprawnionymi do dokonywania interpretacji podatkowej są Minister Finansów w zakresie interpretacji ogólnej

oraz Dyrektor Krajowej Izby Skarbowej w zakresie interpretacji indywidualnej. (vide art. 14A i 14B Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa — tj. Dz. U. z 2021 poz. 1540).

W konsekwencji nie ma wątpliwości, iż Zamawiający nie ma jakichkolwiek uprawnień do dokonywania interpretacji podatkowej. W niniejszym postępowaniu Konsorcjum Impel argumentuje fakt zastosowania do części oferty zwolnienia z podatku VAT interpretacją ogólną Ministra Finansów. Tym samym Zamawiający nie mógł wbrew stanowisku Odwołującego dokonać odrzucenia oferty, albowiem nie można nawet dostrzec błędu w obliczeniu ceny. Jeżeli bowiem Zamawiający nie może dokonywać interpretacji podatkowej, to tym bardziej nie może ingerować w sposób, w jaki wykonawcy określają swoje zobowiązanie podatkowe.

Zamawiający wskazał, że każdorazowo wykonawca może podlegać kontroli skarbowej, więc w razie kontrolujący stwierdzą nieprawidłowości wykonawca zostanie zobowiązany do uregulowania zaległego zobowiązania podatkowego. Nie wpływa to jednak w żadnym stopniu na interes Zamawiającego, który nie ma nie tylko uprawnień, ale również narzędzi do dokonywania interpretacji podatkowej. Tym samym nie mógł dokonać odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczeniach ceny, gdyż Zamawiający polega na przedstawionej przez wykonawcę interpretacji ogólnej Ministra Finansów.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób powoływać się na czyn nieuczciwej konkurencji ze strony wykonawcy, którego oferta okazała się najkorzystniejsza, albowiem to on przyjmuje ewentualne ryzyko negatywnej kontroli skarbowej. Nie sposób dostrzec manipulacji cenowych, gdyż wykonawca przedstawił stosowną interpretację podatkową wydaną przez Ministra Finansów. W ocenie Zamawiającego, to nie on ma uprawnienia w zakresie interpretacji, a także kontroli podatkowej. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego przedstawił interpretacją ogólną Ministra Finansów, która nadal obowiązuje. To po stronie podmiotów dokonujących legalnej interpretacji podatkowej jest dokonanie jej wykładni w taki sposób, by nie budziła ona wątpliwości. Niemniej, nawet jeżeli zastosowane przez wykonawcę zwolnienie nie jest uprawnione, to również jedynie właściwy organ przeprowadzający kontrolę skarbową posiada uprawnienie do naliczenia zaległego zobowiązania podatkowego, a nie Zamawiający na etapie oceny ofert. W ocenie Zamawiającego, inna decyzja wykraczałaby poza kompetencje Zamawiającego, w szczególności, iż nie sposób dostrzec rażąco niskiej ceny lub błędów w obliczeniu ceny. Zastosowanie innej stawki podatkowej przez wykonawcę nie jest bowiem błędem w obliczeniu ceny.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: „Izan +” Sp. z o. o. Naprzód Hospital Sp. z o. o. na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp”) wnieśli odwołanie wobec czynności:

- a) wyboru oferty Konsorcjum Impel, jako oferty najkorzystniejszej;
- b) zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum Impel;
- c) zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o., Partner Medica Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., DGP PROVIDER Sp. z o.o., 7MG Sp. z o.o., zwanego dalej „Konsorcjum DGP”;
- d) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FOOD INVESTMENT S.A. (Fudeko S.A.), Fudeko Med. Sp. z o.o., zwanego dalej „Konsorcjum Fudeko”;
- e) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ever Cleaning Sp z o.o., Ever Medical Care Sp. z o.o., Everteam Sp. z o.o., zwanego dalej „Konsorcjum Ever”;
- f) nieprawidłową ocenę ofert w kryterium jakość.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 239 ust.1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez przyznanie Odwołującemu zbyt niskiej liczby punktów w kryterium jakość, w sytuacji gdy Odwołujący spełnił wszystkie wymagania Zamawiającego;
- II. art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j. z dnia 2020.10.30) w związku z art. 18 ust. 2 i 3 Pzp, wobec zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum Impel w zakresie wykazu oferowanych środków czystości do realizacji zamówienia publicznego oraz dokumentów potwierdzających dopuszczenie w placówkach ochrony zdrowia, w sytuacji nie spełnienia ustawowych przesłanek pozwalających na objęcie w/w dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa;
- III. art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j. z dnia 2020.10.30) w związku z art. 18 ust. 2 i 3 Pzp, wobec zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum DGP w zakresie wykazu oferowanych środków czystości przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego i karty charakterystyki dla środków czystości/opis środków przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji umowy, w sytuacji nie spełnienia ustawowych przesłanek pozwalających na objęcie w/w dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa;
- IV. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ever w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do preparatów higienicznych i dezynfekujących, przeznaczonych do realizacji zamówienia;

- V. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Fudeko w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do preparatów higienicznych i dezynfekujących, przeznaczonych do realizacji zamówienia;
- VI. art. 239 ust.1 Pzp w związku z ar. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez przyznanie Konsorcjum Ever maksymalnej punktacji w kryterium jakość, w sytuacji gdy wykonawca nie spełnił wymagań Zamawiającego w kryterium oceny ofert jakość.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b. odtajnienia oferty Konsorcjum Impel,
- c. odtajnienie oferty Konsorcjum DGP,
- d. odrzucenia oferty Konsorcjum Fudeko,
- e. odrzucenia oferty Konsorcjum Ever,
- f. przyznania Odwołującemu 40 w kryterium jakość oraz Konsorcjum Ever - 0 pkt w kryterium jakość.

Odwołujący podniósł, że opisane zarzuty mają wpływ na przebieg postępowania, ponieważ uwzględnienie zarzutów może spowodować, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą.

ZARZUT NR 1

Zamawiający w Rozdziale V pkt. 1 ppkt. 2a SWZ wymagał przedstawienia przez wykonawców w ramach oceny jakości dokumentów:

„Certyfikat lub inny równoważny dokument poświadczający że wykonawca, który będzie realizował zamówienie, posiada wdrożony i certyfikowany system zarządzania jakością ISO b) wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia oraz załączy kartę katalogową, deklarację zgodności, opinię PZH, dopuszczenia do w placówkach ochrony zdrowia (dotyczy preparatów do niwelowania przykrych zapachów)”.

Dodatkowo w Rozdziale XV pkt. 3 ppkt. 3.1 SWZ Zamawiający określił w ramach kryterium oceny ofert – kryterium „jakość”, tj.:

„Kryterium „jakość” - 40 pkt. Warunki punktacji:

- *posiadanie certyfikatu ISO (certyfikat Systemu Zarządzania Jakością) lub inny certyfikat gwarantujący jakość świadczonych usług - 10 pkt brak 0 pkt.*
- *czas reakcji na usunięcie zabrudzenia od zgłoszenia - max. 15 min - 5 pkt./ max. 30 minut - 2 pkt/ powyżej 30 minut - 0 pkt*
- *jakość proponowanego papieru toaletowego: gramatura 38 m² i powyżej - 2 pkt/ poniżej 38m² - 0 pkt*

- *jakość proponowanych białych ręczników składanych „ZZ”: gramatura 38 m² i powyżej - 2 pkt/ poniżej 38m² - 0 pkt*
- *jakość proponowanych preparatów do niwelowania nieprzyjemnych zapachów - posiadanych atest PZH oraz dopuszczenia do stosowania w placówkach ochrony zdrowia - 10 pkt./ brak - 0 pkt.”*

W odpowiedziach na pytania do SWZ z dnia 16.08.2021r. (pytanie nr 76) Zamawiający potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są zaproponować nie jeden a więcej preparatów do niwelowania nieprzyjemnych zapachów, aby otrzymać maksymalną liczbę punktów w tym podkryterium.

Odwołujący powinien otrzymać w zakresie tego kryterium maksymalną ilość punktów tj. 10 pkt. gdyż zaproponował 2 preparaty do niwelowania nieprzyjemnych zapachów: Aromat Flower VC 124 oraz Aromat Fresh VC 122, które posiadają aktualne świadectwa PZH, które były załączone do oferty oraz oświadczenie producenta dopuszczające stosowanie obu preparatów w placówkach ochrony zdrowia (dokument załączony do oferty). W konsekwencji Odwołujący powinien otrzymać maksymalną liczbę punktów w kryterium jakościowym, tj. 40 punktów, a w łącznej punktacji wraz z kryterium ceny – 85,83 punktów (w rankingu ofert oferta wykonawcy powinna być zaklasyfikowana na 2 pozycji, tj. po ofercie Konsorcjum Impel).

ZARZUT NR 2 I 3

Zgodnie z pkt 2b Rozdziału V SWZ Wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału, *w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego co do oceny jakości: wykonawca ma wraz z ofertą złożyć wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia oraz załączy karty katalogową, deklarację zgodności, opinię PZH, dopuszczenia w placówkach ochrony zdrowia (dotyczy preparatów do niwelowania przykrych zapachów).*

Konsorcjum Impel utajniło:

- wykaz oferowanych środków czystości przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego;
- dokumenty potwierdzające dopuszczające w placówkach ochrony zdrowia.

Konsorcjum DGP utajniło:

- wykaz oferowanych środków czystości przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego;
- karty charakterystyki dla środków czystości/opis środków przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji umowy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien odtajnić w/w dokumenty albowiem nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone karty charakterystyki, karty

dopuszczające środki do użytku w placówkach ochrony zdrowia są skierowane przez producentów środków do nieograniczonego kręgu osób, nie mają wartości gospodarczej dla wykonawców albowiem ich twórcą są producenci środków, a nie wykonawcy.

Zastrzeżone w/w wykazy stanowią dobór środków do wymogów Zamawiającego. Doborowi środków odpowiadających szczegółowym wymaganiom Zamawiającego nie można przypisać żadnej wartości gospodarczej, gdyż nie ma w tym przypadku mowy o autorskiej, unikalnej koncepcji realizacji zamówienia, czy wymagającym ochrony know-how wykonawcy. Samo wyspecyfikowanie określonych środków istniejących na rynku i wielokrotnie oferowanych w postępowaniach przetargowych, nigdy nie było i nie może być uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Opis wymagań stworzony został przez Zamawiającego na potrzeby konkretnego postępowania i nie ma mowy o ewentualnej możliwości wykorzystania danego wykazu w innym postępowaniu.

Dane zawarte w wykazie nie są to poufne rozwiązania technologiczne, skoro rozwiązania są jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i zostały narzucone w SWZ. Oferowane przez w/w wykonawcę środki (objęte wykazami) są dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a ich producenci powszechnie udostępniają opisy swoich rozwiązań i cenniki swoich produktów. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1239/13, stwierdziła, że nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa informacje wskazujące na producenta oraz model oferowanego sprzętu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie pozostawił wykonawcom dowolności w zakresie skomponowania infrastruktury sprzętowo-systemowej co mogłoby być uznane za know-how danego wykonawcy. Zdaniem Izby tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymaganiom postawionym przez zamawiającego (tak: w wyroku z dnia 11 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 963/19).

Ponadto, Odwołujący wskazał orzecznictwo KIO, potwierdzające w/w stanowisko: wyrok z 14 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2817/10, wyrok z 11 marca 2011 r. sygn. akt. KIO 399/11, wyrok z 12 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2793/10, wyrok z 16 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2389/10, wyrok z 14 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2817/10 wyrok z 7 marca 2014 r. sygn. akt KIO 341/14, wyrok z 18 października 2018 sygn. akt KIO 2077/18.

ZARZUT NR 4

Zamawiający w rozdziale V pkt 2 SWZ wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli następujące dokumenty:

„W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, do oceny jakości:

a) *Certyfikat lub inny równoważny dokument poświadczający że wykonawca, który będzie realizował zamówienie, posiada wdrożony i certyfikowany system zarządzania jakością ISO*

b) *wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia oraz załączy kartę katalogową, deklarację zgodności, opinię PZH, dopuszczenia do w placówkach ochrony zdrowia (dotyczy preparatów do niwelowania przykrych zapachów*

c) *wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia, karty katalogowe z podaną gramaturą - dotyczy białych ręczników papierowych składanych „ZZ” oraz papierów toaletowych.*

d) *próbki po 2 szt. papieru toaletowego i 2 paczki ręczników „ZZ”*

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16 sierpnia 2021 r. (opublikowane 20.08.2021) (nr 75) potwierdził, że do oferty należy dołączyć wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych), które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający w załączniku nr 4 do SWZ zawarł charakterystykę wymaganych od wykonawców preparatów higienicznych i dezynfekujących.

Zarzut A

W załączniku nr 4 do SWZ, pkt. 1 Zamawiający wskazał, iż wymaga preparatu spełniającego następujące wymagania: *„Mycie i dezynfekcja dużych powierzchni - Preparat myjąco-dezynfekujący (koncentrat) do mycia i dezynfekcji powierzchni wykonanych z: PCV, linoleum, szkła, ceramiki, itp. Spektrum działania: B, F, V (HIV, HBV, HCV, Rota) Tbc (M. terrae, M. avium), w czasie 15 min. preparat bezzapachowy, który może być stosowany w oddziale neonatologicznym.”* Zamawiający w odpowiedziach z dnia 16.08.2021r. (pytanie nr 21) dopuścił preparat o zapachu aminowym.

Konsorcjum Ever w załączonym do oferty „Wykazie stosowanych środków, które Wykonawca wykorzysta przy realizacji zamówienia” zaproponował jedynie 3 preparaty dezynfekcyjne: Desam Effekt, Desam Spray, Desam OX. Żaden z ww. preparatów nie spełnia wymagań dotyczących preparatów bezzapachowych będących koncentratem. Desam Effekt posiada zapach charakterystyczny, perfumowany, Desam Ox posiada zapach charakterystyczny dla nadtlenu wodoru, Desam Spray nie jest koncentratem i nie jest preparatem do mycia i dezynfekcji dużych powierzchni. W związku z tym Konsorcjum EVER nie zaproponowało żadnego preparatu do mycia i dezynfekcji dużych powierzchni spełniającego wymagania Zamawiającego.

Zarzut B

W załączniku nr 4 do SWZ, pkt. 2 Zamawiający wymagał preparatu spełniającego wymagania: *„Mycie i dezynfekcja powierzchni zmywalnych w izolatkach - Preparat myjąco-dezynfekujący (koncentrat) do mycia i dezynfekcji powierzchni z: PCV, linoleum, szkła,*

ceramiki, gumy itp. W obszarach wysokiego ryzyka. Spektrum działania B, F, V (Polio, Adeno) Tbc, S (w tym Clostridium difficile), w czasie 15 min. Produkt biobójczy.”

Konsorcjum Ever w załączonym do oferty „Wykazie stosowanych środków, które Wykonawca wykorzysta przy realizacji zamówienia” zaproponował 3 preparaty dezynfekcyjne: Desam Effekt, Desam Spray, Desam OX. Żaden z ww. preparatów nie spełnia wyżej wskazanych wymagań Zamawiającego, Desam Effekt nie posiada spektrum działania na Spory S (w tym Clostridium difficile) oraz na Polio, natomiast Desam Ox nie jest preparatem biobójczym.

W związku z tym wykonawca nie zaproponował żadnego preparatu do mycia i dezynfekcji powierzchni zmywalnych w izolatkach, spełniającego wymagania Zamawiającego.

Zarzut C

W załączniku nr 4 do SWZ, pkt. 3 Zamawiający wymagał preparatu spełniającego wymagania: *„Mycie i dezynfekcja powierzchni sanitarnych i zanieczyszczonych materiałem organicznym - Preparat do mycia i dezynfekcji powierzchni i urządzeń sanitarnych, oparty na bazie aktywnego chloru. Może być stosowany do dezynfekcji powierzchni zabrudzonej materiałem organicznym (krew, wydzieliny, wydaliny).Spektrum działania: B, V(Polio, Adeno), Tbc, F, S (w tym Clostridium difficile) w czasie do 15 min. Produkt biobójczy.”*

Konsorcjum Ever w załączonym do oferty „Wykazie stosowanych środków, które Wykonawca wykorzysta przy realizacji zamówienia” zaproponował 3 preparaty dezynfekcyjne: Desam Effekt, Desam Spray, Desam OX. Żaden z preparatów nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż nie jest na bazie aktywnego chloru. W związku z tym wykonawca nie zaproponował żadnego preparatu do mycia i dezynfekcji powierzchni sanitarnych i zanieczyszczonych materiałem biologicznym spełniającego wymagania Zamawiającego.

Zarzut D

W załączniku nr 4 do SWZ, pkt. 5 Zamawiający wymagał preparatu spełniającego wymagania: *„Dezynfekcja powierzchni często dotykanych - Chusteczki jednorazowego użytku, do wyrobów medycznych i obszarów w pobliżu pacjenta do mycia i dezynfekcji wszelkich powierzchni, przedmiotów i sprzętu medycznego odpornego na działanie alkoholi nasączone preparatem myjąco dezynfekującym o pełnym spektrum działania”.*

Konsorcjum Ever w załączonym do oferty „Wykazie stosowanych środków, które Wykonawca wykorzysta przy realizacji zamówienia” zaproponowało 3 preparaty dezynfekcyjne: Desam Effekt, Desam Spray, Desam OX. Żaden z zaproponowanych preparatów nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż żaden preparat nie występuje w postaci chusteczek. W związku z tym wykonawca nie zaproponował żadnego preparatu do

dezynfekcji powierzchni często dotykanych w postaci chusteczek jednorazowego użycia spełniającego wymagania Zamawiającego.

Zarzut E

W załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający zawarł charakterystykę wymaganych preparatów higienicznych i dezynfekujących. W załączniku nr 4 do SWZ pkt. 6 Zamawiający wskazał, iż wymaga preparatu spełniającego wymagania: *„Mydło w płynie do higienicznego mycia rąk - Mydło w płynie do higienicznego mycia rąk stosowane w pomieszczeniach: sanitarnych, w brudownikach, administracji, gospodarczych, technicznych itp. nie powoduje podrażnień skóry, przebadany dermatologicznie. pH neutralne, kosmetyk.”*

Konsorcjum Ever w załączonym do oferty *„Wykazie stosowanych środków, które Wykonawca wykorzysta przy realizacji zamówienia”* nie zaproponował żadnego mydła w płynie do higienicznego mycia rąk, tym samym, żaden z zaproponowanych preparatów nie spełnia wyżej wskazanych wymagań Zamawiającego.

Zarzut F

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r., pytanie nr 75 potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty *„Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco -dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia”*.

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r.,

- pytanie nr 75 - potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty *„Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia”*.

- pytanie nr 82 - potwierdził, iż do obowiązku wykonawcy należy zapewnienie w razie potrzeby profesjonalnych preparatów do utrzymania czystości sprzętu komputerowego bez zawartości alkoholu (do monitorów, obudowy komputerów).

Konsorcjum Ever w załączonym do oferty *„Wykazie preparatów myjących i dezynfekcyjnych”* nie zaproponował żadnego preparatu przeznaczonego do utrzymania czystości sprzętu komputerowego, a tym samym nie spełnił wymagań Zamawiającego.

Zarzut G

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r. (nr 75) potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty *„Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia”*.

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r.,

- pytanie nr 75 - potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty „Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia”.
- pytanie nr 80 - potwierdził, iż do obowiązku wykonawcy należy ekstrakcyjne pranie żaluzji, rolet, vertikali, a tym samym zapewnienie odpowiedniego sprzętu i środków do realizacji ww. czynności.

Konsorcjum Ever w załączonym do oferty „Wykazie preparatów myjących i dezynfekcyjnych” nie zaproponował żadnego preparatu przeznaczonego do ekstrakcyjnego prania żaluzji, rolet, vertikali, a tym samym nie spełnił wymagań Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, oferta Konsorcjum Ever powinna zostać odrzucona jako nie spełniająca warunków zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

ZARZUT NR 5

Zamawiający w rozdziale V pkt 2 SWZ wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli następujące dokumenty:

„W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, do oceny jakości:

- e) *Certyfikat lub inny równoważny dokument poświadczający że wykonawca, który będzie realizował zamówienie, posiada wdrożony i certyfikowany system zarządzania jakością ISO*
- f) *wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia oraz załączy kartę katalogową, deklarację zgodności, opinię PZH, dopuszczenia do w placówkach ochrony zdrowia (dotyczy preparatów do niwelowania przykrych zapachów*
- g) *wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia, karty katalogowe z podaną gramaturą - dotyczy białych ręczników papierowych składanych „ZZ” oraz papierów toaletowych.*
- h) *próbki po 2 szt. papieru toaletowego i 2 paczki ręczników „ZZ”*

Oferta Konsorcjum Fudeko jest niezgodna z wymogami Zamawiającego postawionymi wobec środków, które mają być wykorzystywane do realizacji zamówienia.

Zarzut A

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r. (nr 75) potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty „Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia”.

W załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający zawarł charakterystykę wymaganych preparatów higienicznych i dezynfekujących.

W załączniku nr 4 do SWZ, pkt. 2 Zamawiający wskazał, iż wymaga preparatu spełniającego wymagania: Mycie i dezynfekcja powierzchni zmywalnych w izolatkach - Preparat myjąco-dezynfekujący (koncentrat) do mycia i dezynfekcji powierzchni z: PCV, linoleum, szkła, ceramiki, gumy itp. W obszarach wysokiego ryzyka. Spektrum działania B, F, V (Polio, Adeno) Tbc, S (w tym Clostridium difficile), w czasie 15 min. Produkt biobójczy.” Dodatkowo Zamawiający w odpowiedziach z dnia 16.08. 2021 r. (pytanie 22) nie dopuścił preparatu w postaci proszku.

Konsorcjum Fudeko w załączonym do oferty „Wykazie preparatów myjących i dezynfekcyjnych” w ww. punkcie zaproponował preparat Incidin Active firmy Ecolab Sp. z o.o. Zaproponowany przez wykonawcę preparat nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż nie jest to preparat w postaci koncentratu – zgodny z wymaganiami, a występuje w postaci proszku. W związku z tym wykonawca nie zaproponował żadnego preparatu do mycia i dezynfekcji powierzchni zmywalnych w izolatkach spełniającego wymagania Zamawiającego.

Zarzut B

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r. (nr 75) potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty „Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia”.

Ponadto, w załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający zawarł charakterystykę wymaganych preparatów higienicznych i dezynfekujących.

W załączniku nr 4 do SWZ, pkt. 3 Zamawiający wskazał, iż wymaga preparatu spełniającego wymagania: „Mycie i dezynfekcja powierzchni sanitarnych i zanieczyszczonych materiałem organicznym- Preparat do mycia i dezynfekcji powierzchni i urządzeń sanitarnych, oparty na bazie aktywnego chloru. Może być stosowany do dezynfekcji powierzchni zabrudzonej materiałem organicznym (krew, wydzieliny, wydaliny).Spektrum działania: B, V(Polio, Adeno), Tbc, F, S (w tym Clostridium difficile) w czasie do 15 min. Produkt biobójczy.”

Konsorcjum Fudeko w załączonym do oferty „Wykazie preparatów myjących i dezynfekcyjnych” zaproponował 2 preparaty: Medicarine i Incidin Active firmy Ecolab Sp. z o.o. Żaden z ww. preparatów nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż:

- 1) Preparat Medicarine posiada właściwości wyłącznie dezynfekcyjne, a nie tak jak wymagał Zamawiający właściwości myjąco-dezynfekcyjne.
- 2) Preparat Incidin Active nie jest preparatem opartym na bazie aktywnego chloru.

W związku z tym, wykonawca nie zaproponował żadnych preparatów do mycia i dezynfekcji powierzchni sanitarnych i zanieczyszczonych materiałem biologicznym spełniających wymagania Zamawiającego.

Zarzut nr C

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r. (nr 75) potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty *„Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia)”*.

Ponadto, w załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający zawarł charakterystykę wymaganych preparatów higienicznych i dezynfekujących.

W załączniku nr 4 do SWZ, pkt. 5 Zamawiający wskazał, iż wymaga preparatu spełniającego wymagania: *„Dezynfekcja powierzchni często dotykanych - Chusteczki jednorazowego użytku, do wyrobów medycznych i obszarów w pobliżu pacjenta do mycia i dezynfekcji wszelkich powierzchni, przedmiotów i sprzętu medycznego odpornego na działanie alkoholi nasączone preparatem myjąco dezynfekującym o pełnym spektrum działania.”*

Konsorcjum Fudeko w załączonym do oferty *„Wykazie preparatów myjących i dezynfekcyjnych”* w ww. punkcie zaproponowało preparat Incidin Pro firmy Ecolab Sp. z o.o., który nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż nie jest to preparat w postaci chusteczek.

W związku z tym, wykonawca nie zaproponował preparatu do dezynfekcji powierzchni często dotykanych spełniającego wymagania Zamawiającego.

Zarzut D

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r. (nr 75) potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty *„Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia)”*.

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r.,

- pytanie nr 75 - potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty *„Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia)”*.

- pytanie nr 80 - potwierdził, iż do obowiązku wykonawcy należy ekstrakcyjne pranie żaluzji, rolet, vertikali, a tym samym zapewnienie odpowiedniego sprzętu i środków do realizacji ww. czynności.

Konsorcjum Fudeko w załączonym do oferty *„Wykazie preparatów myjących i dezynfekcyjnych”* nie zaproponowało żadnego preparatu przeznaczonego do ekstrakcyjnego prania żaluzji, rolet, vertikali, a tym samym nie spełniło wymagań Zamawiającego.

Zarzut E

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r. (nr 75) potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty „Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia.

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 16.08.2021r.:

- pytanie nr 75 - potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty „Wykaz wszystkich stosowanych środków (w tym środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, itp., które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia”.
- pytanie nr 82 - potwierdził, iż do obowiązku wykonawcy należy zapewnienie w razie potrzeby profesjonalnych preparatów do utrzymania czystości sprzętu komputerowego bez zawartości alkoholu (do monitorów, obudowy komputerów).

Konsorcjum Fudeko w załączonym do oferty „Wykazie preparatów myjących i dezynfekcyjnych” nie zaproponowało żadnego preparatu przeznaczonego do utrzymania czystości sprzętu komputerowego, a tym samym nie spełniło wymagań Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, oferta Konsorcjum Fudeko powinna zostać odrzucona jako nie spełniająca warunków zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

ZARZUT NR 6

Zamawiający w Rozdziale V, pkt. 1 ppkt. 2a SWZ wymagał przedstawienia w ramach oceny jakości: „*Certyfikat lub inny równoważny dokument poświadczający że wykonawca, który będzie realizował zamówienie, posiada wdrożony i certyfikowany system zarządzania jakością ISO b) wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia oraz załączy kartę katalogową, deklarację zgodności, opinię PZH, dopuszczenia do w placówkach ochrony zdrowia (dotyczy preparatów do niwelowania przykrych zapachów)*”.

Dodatkowo, w Rozdziale XV, pkt. 3, ppkt. 3.1 Zamawiający określił w ramach kryterium oceny ofert – kryterium „jakość”, tj.:

„ Kryterium „jakość” - 40 pkt. Warunki punktacji:

- posiadanie certyfikatu ISO (certyfikat Systemu Zarządzania Jakością) lub inny certyfikat gwarantujący jakość świadczonych usług - 10 pkt brak 0 pkt.
- czas reakcji na usunięcie zabrudzenia od zgłoszenia - max. 15 min - 5 pkt./ max. 30 minut - 2 pkt/ powyżej 30 minut - 0 pkt
- jakość proponowanego papieru toaletowego: gramatura 38 m² i powyżej - 2 pkt/ poniżej 38m² - 0 pkt

- *jakość proponowanych białych ręczników składanych „ZZ”: gramatura 38 m² i powyżej - 2 pkt/ poniżej 38m² - 0 pkt*
- *jakość proponowanych preparatów do niwelowania nieprzyjemnych zapachów - posiadanych atest PZH oraz dopuszczenia do stosowania w placówkach ochrony zdrowia - 10 pkt./ brak - 0 pkt.*

W odpowiedziach na pytania do SWZ z dnia 16.08.2021r. (nr 76) Zamawiający potwierdził, iż wykonawcy zobowiązani są zaproponować nie jeden, a więcej preparatów do niwelowania nieprzyjemnych zapachów.

Konsorcjum Ever w załączonym do oferty „Wykazie stosowanych środków higieny, które Wykonawca wykorzysta przy realizacji usług” zaproponowało wyłącznie jeden preparat do niwelowania nieprzyjemnych zapachów – NANER NAS 110, a tym samym nie spełniło wymagań Zamawiającego, a co za tym idzie winno otrzymać 0 pkt w kryterium oceny dotyczącym jakości proponowanych preparatów do niwelowania nieprzyjemnych zapachów. Tym samym jego całkowita punktacja w kryterium jakości powinna wynosić 30 pkt, a łącznie wraz z kryterium cena 68,34 punktów.

Konsorcjum: Impel System Sp. z o.o. ARS Medica Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3548/21 po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., DGP PROVIDER Sp. z o. o., 7 MG Sp. z o.o., Partner Medica Sp. z o.o., zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3548/21 po stronie Zamawiającego.

Konsorcjum: Ever Medical Care Sp. z o.o., Ever Cleaning Sp. z o.o., Everteam Sp. z o.o., zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3548/21 po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 17 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zdaniem Zamawiającego, zarzuty podniesione przez Odwołującego pozostają w całości chybione, a złożone odwołanie podlega oddaleniu.

Ad. 1. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp

Zamawiający wskazał, że trudno zrozumieć ideę, którą kieruje się Odwołujący podnosząc przedmiotowy zarzut, albowiem zmierza on wyłącznie do celowego wprowadzenia w błąd co do spełnienia przez Odwołującego warunku, który determinował

przyznanie dodatkowych punktów. Odwołujący nie przedstawił atestu PZH. Żaden z dokumentów przesłanych przez Odwołującego w złożonej ofercie w zakresie proponowanych preparatów do niwelowania nieprzyjemnych zapachów nie potwierdza, by te produkty posiadały atest PZH. W konsekwencji Zamawiający nie mógł przyznać dodatkowych punktów z zakresu kryterium jakościowego. W konsekwencji zastosowana punktacja w stosunku do Odwołującego była w pełni prawidłowa.

Ad. 2. i Ad. 3 Zarzuty naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 Pzp, wobec zaniechania odtajnienia ofert Konsorcjum Impel a także Konsorcjum DGP.

Zamawiający wskazał, że przedmiotowe zarzuty należy rozpatrywać łącznie. Na podstawie obowiązujących przepisów, tj. art. 18 ust. 2 i 3 Pzp, Zamawiający nie jest uprawniony do ujawniania dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, zastrzeżonych przez wykonawców. Nie sposób zatem zrozumieć intencji Odwołującego, w sytuacji, w której na etapie postępowania żądał on ujawnienia dokumentów, co do których miał obowiązek ograniczyć dostęp z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez potencjalnych wykonawców.

Ad. 4. oraz Ad. 5. Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez nieodrzućenie ofert Konsorcjum Ever i Konsorcjum Fudeko.

Przedmiotowe zarzuty należy rozpatrywać łącznie. Odwołujący przywołał, jako podstawę zarzut przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, który stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Tymczasem, w uzasadnieniu odwołania nie wykazano istoty niezgodności uzasadniającej odrzućenie ofert potencjalnych wykonawców.

Wszyscy przywołani wykonawcy zawarli w ofercie *Wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia*, a także karty katalogowe z podaną gramaturą — dotyczy białych ręczników papierowych składanych „ZZ” oraz papierów toaletowych. W konsekwencji, Zamawiający nie miał podstaw do odrzućenia złożonych ofert.

Ad. 6. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w związku 7. art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez przyznanie Konsorcjum Ever maksymalnej punktacji w kryterium jakości.

Wyżej wskazani oferenci przedstawili zgodnie z wymogami zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia oferowany produkt Naner Nas 110, który spełniał wymogi pozwalające na przyznanie dodatkowych punktów w ramach kryterium jakościowego. Podnoszenie w tym zakresie zarzutu pozostaje niezrozumiałe.

Analiza przedmiotowego odwołania oraz zawartych w nim zarzutów i ich wątpliwego uzasadnienia pozwala na stwierdzenie, iż wniesione odwołanie pozostaje oczywiście bezpodstawne. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób transparentny i każdy z wykonawców mógł na każdym etapie uzyskać informacje pozwalające na złożenie oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że w tym aspekcie

należy rozpatrywać istotę wniesionego odwołania, które wydaje się dawać wyraz rozgoryczeniu Odwołującego faktem, że jego oferta nie okazała się najkorzystniejsza. Niemniej nie wynika to z błędów prowadzonego postępowania ani choćby minimalnych uchybień, ale wyłącznie z zaniedbań ze strony Odwołującego, który mógł podjąć lepsze rozwiązania w zakresie przygotowanej oferty i przykładowo zaproponować preparat do niwelowania nieprzyjemnych zapachów, który posiada atest PZH, co pozwoliłoby na uzyskanie korzystniejszej punktacji w ramach kryterium jakościowego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie o sygn. akt KIO 3537/21 nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 3548/21 zasługuje na uwzględnienie.

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, stosownie do art. 555 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania w zakresie dotyczącym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nieprawidłowej czynności badania i oceny ofert przez Zamawiającego, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Impel System Sp. z o.o., ARS Medica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3537/21 i KIO 3548/21 po stronie zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., DGP PROVIDER Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o.o., Partner Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3548/21 po stronie zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Ever Medical Care Sp. z o.o., Ever Cleaning Sp. z o.o., Everteam Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt:

KIO 3548/21 po stronie zamawiającego, skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, przedmiotem postępowania przetargowego jest wykonywanie kompleksowego utrzymania czystości środkami czystości, zapewnionymi przez wykonawcę na rzecz Międzyleskiego Szpitala Specjalistycznego w Warszawie.

Zapewnienie preparatów myjących, higienicznych i dezynfekujących leży po stronie Wykonawcy. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji wykaz preparatów do mycia i dezynfekcji.

Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia przedmiotu zamówienia zgodnie z procedurami obowiązującymi w Międzyleskim Szpitalu Specjalistycznym w Warszawie.

Wykonawca zapewnia swoim pracownikom profesjonalny sprzęt do utrzymania czystości, w tym: środki czystości i dezynfekcji, które będą używane w trakcie wykonywania usługi, z podaniem ich nazwy i przeznaczenia (środki do powierzchni typu plastik, metal, szkło, okładzina meblowa, glazura, terakota, umywalki, baterie kranowe, sedesy, lastryko, płytki PCV, tarket, środki zapachowe do pomieszczeń sanitarnych itp.), środki dezynfekujące wg załącznika nr 4, ręczniki jednorazowe w listkach, typu ZZ do podajników koloru białego, nie pylące, nie pozostawiające przebarwień na dłoniach, wodo-utrwalone, bezzapachowe, gramatura minimum 38 g/m² w wielkości umożliwiającej luźne wyciąganie pojedynczych listków, papier toaletowy w rolkach typu Jumbo do podajników, koloru białego, nie pylący, łatwo wchłaniający, bezzapachowy, perforowany, ulega rozpuszczeniu w wodzie, gramatura 38g/m², waga rolki 500g, długość 120 mb,

Wykonawca dysponuje preparatami myjącymi i środkami dezynfekcyjnymi zgodnie z załącznikiem nr 4.

Zakres czynności objętych przedmiotem zamówienia obejmuje sprzątanie, mycie, czyszczenie, odkurzanie, szorowanie, dezynfekcję powierzchni pionowych i poziomych, sprzętów, wyposażenia trwałego, kładzenie powłok akrylowych.

Zakres czynności objętych przedmiotem zamówienia uwzględniający strefy higieniczne obowiązujące w Międzyleskim Szpitalu Specjalistycznym w Warszawie określa Załącznik nr 3.

Sprzątanie powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki wynikającej z podziału na wyżej wymienione strefy utrzymania czystości oraz potrzeb jednostek organizacyjnych.

Zgodnie z §1 ust. 6 wzoru umowy, Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania usługi sprzątania pomieszczeń Zamawiającego, zwane dalej „Usługami”, a polegające w szczególności na:

- a. kompleksowym, codziennym (również w dni wolne od pracy tj. soboty, niedziele i święta) utrzymaniu czystości oraz dezynfekcji pomieszczeń, b. zaopatrzeniu i stałym uzupełnianiu podstawowych materiałów i sprzętu sanitarno-higienicznego m.in.: ręczniki jednorazowe, papier toaletowy, mydło w płynie, worki foliowe,
- c. uzupełnianiu pojemników w środek do dezynfekcji rąk,
- d. transporcie czystej pościeli, bielizny i bielizny operacyjnej, odzieży ochronnej i roboczej itd. do wskazanego miejsca,
- e. transporcie brudnej pościeli, bielizny, odzieży, materacy, kołder, poduszek z i do wskazanego miejsca,
- f. segregacji odpadów wg. kolorów i ich odbiorze z pomieszczeń szpitalnych, administracyjnych i transporcie do wskazanego miejsca zgodnie z procedurami szpitalnymi,
- g. wykonywanie czynności pomocniczych pod nadzorem personelu medycznego w ramach serwisu dziennego.

KIO 3537/21

Za niezasadny należało uznać zarzut rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Impel w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 224 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, jako zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu nie był sporny pomiędzy stronami fakt, że cena zaofferowana w ofercie Konsorcjum Impel nie wypełnia przesłanek, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp obligujących Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty w kontekście rażąco niskiej ceny. Cena ta nie odbiega o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał również, że cena oferty Konsorcjum Impel nie obejmuje wszystkich kosztów, koniecznych do poniesienia na wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z warunkami realizacji zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

W związku z zawarciem w formularzu ofertowym Konsorcjum Impel informacji odnośnie zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23% i zwolnieniem z podatku VAT w odniesieniu do oferowanych usług Zamawiający w dniu 14 października 2021 r. wezwał Konsorcjum Impel na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień

dotyczących treści oferty w zakresie przedstawienia w formularzu ofertowym wyliczenia wartości oferty, biorąc pod uwagę „dwie stawki podatku VAT” zastosowane przez wykonawcę. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, do których usług wskazanych w załączniku nr 1 do SWZ została zastosowana „0 stawka VAT wraz z podaniem uzasadnienia zastosowania stawki”.

Konsorcjum Impel w piśmie z dnia 19 października 2021 r. przedstawiło szczegółowe wyjaśnienia odnośnie zastosowania stawki 23% podatku VAT i zwolnienia z podatku VAT, w tym szczegółowe uzasadnienie zastosowania zwolnienia z podatku VAT w odniesieniu do zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia, wskazując, że zastosowanie zwolnienia z VAT dotyczy czynności wymienionych w pkt II załącznika nr 1 do SWZ w zakresie, w jakim czynności te będą wykonywane na powierzchniach Zamawiającego stanowiących część medyczną, tj.:

- komórki organizacyjne udzielające świadczeń medycznych całodobowo, określone jako takie i wymienione w pkt 1-17 Załącznika nr 1 do SWZ,
- komórki organizacyjne udzielające świadczeń medycznych w trybie ambulatoryjnym/dziennym, określonych jako takie i wymienionych w pkt 1-8 Załącznika nr 2 do SWZ,
- inne komórki medyczne, określone jako takie i wymienione w pkt 1-7 Załącznika nr 2 do SWZ.

Wykonawca przyjął, że powyższe czynności mieszczą się w definicji usług ściśle związanych z usługami opieki medycznej, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług, które są objęte zwolnieniem z podatku VAT. Wykonawca oświadczył, że powyższe usługi będą realizowane przez podmiot (członka Konsorcjum Impel), który posiada status podmiotu leczniczego, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 ww. ustawy, co nie wyłącza możliwości powoływania się przez ten podmiot na wykładnię art. 43 ust. 1 pkt 18A ww. ustawy z uwagi na identyczne brzmienie wskazanych przepisów w części, w jakiej regulują one zakres przedmiotowy zwolnienia z podatku VAT. Wykonawca powołał się przy tym na wykładnię tego przepisu przedstawioną w treści Interpretacji Ogólnej wydanej przez Ministra Rozwoju i Finansów w dniu 29 grudnia 2017 r. znak PTI.8101.5.2017.PSG.622. W świetle powyższej interpretacji, czynności związane z utrzymaniem odpowiedniego stanu sanitarno-epidemiologicznego pomieszczeń zakładu leczniczego, w których przeprowadzane są procesy lecznicze albo ściśle z nimi związane, stanowią elementy tych procesów. Czynności związane z utrzymaniem odpowiedniego stanu sanitarno-epidemiologicznego pomieszczeń zakładu leczniczego należy rozumieć w sposób szeroki, jako czynności niezwiązane z konkretnym pacjentem lecz mieszczące się w procesie opieki świadczonej na rzecz pacjenta jako adresata tych usług.

Konsorcjum Impel wyjaśniło jednoznacznie, że w stosunku do czynności wymienionych w pkt II Załącznika nr 2 do SWZ realizowanych na powierzchniach opisanych jako: pomieszczenia administracyjno gospodarcze, ciągi komunikacyjne, hotel pielęgniarski, wykonawca zastosował stawkę podatku VAT podstawową w wysokości 23%.

W świetle złożonych wyjaśnień nie budzi wątpliwości fakt, że Konsorcjum Impel wyceniło koszty realizacji całego zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia, dokonując jednocześnie klasyfikacji usług pod kątem należnej stawki podatku VAT. Nie znajdują potwierdzenia w świetle tych wyjaśnień twierdzenia Odwołującego, że wykonawca pominął, tj. nie wycenił w ofercie pełnego zakresu usług tzw. czystościowych oraz że oszacowanie przez Konsorcjum Impel miesięcznych kosztów świadczenia usługi utrzymania czystości w Szpitalu na poziomie 11.5 tys. złotych netto potwierdza, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę. Złożone wyjaśnienia potwierdzają bowiem, że wykonawca wycenił usługę sprzątnięcia na wszystkich powierzchniach opisanych przez Zamawiającego w SWZ, przyjmując, że część z tych usług jest objęta podatkiem VAT w wysokości 23%, a część wskazana w formularzu ofertowym jako usługi pomocowe i transportowe obejmuje usługi zakwalifikowane przez wykonawcę jako usługi związane z utrzymaniem odpowiedniego stanu sanitarno-epidemiologicznego pomieszczeń zakładu leczniczego, w których przeprowadzane są procesy lecznicze albo ściśle z nimi związane, które stanowią elementy tych procesów.

Biorąc pod uwagę złożone przez Konsorcjum Impel wyjaśnienia Zamawiający był uprawniony przyjąć wyjaśnienia Konsorcjum Impel za wyczerpujące, stąd brak po stronie Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do realności zaproponowanej ceny oraz co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z warunkami SWZ. W tych okolicznościach nie wystąpiły przesłanki do wezwania Konsorcjum Impel do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty w kontekście podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej również na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

Zauważyć także należy, że co prawda w odpowiedzi na pytania wykonawców do treści SWZ (nr 29, 34) Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wyłączył z przedmiotu zamówienia obsługę pacjenta w znaczeniu ścisłym (podobnie w odpowiedzi na pytania wykonawców nr 107 i 120), jednak postanowienie odnośnie realizacji tych usług znajduje się we wzorze umowy. Jak wynika z treści oferty Odwołującego, co potwierdził sam Odwołujący w odwołaniu, Odwołujący również uwzględnił w swojej ofercie usługi pomocnicze, o których mowa w § 1 ust. 6 lit. g) Załącznika nr 1 do SWZ — Projektu Umowy „czynności pomocnicze pod nadzorem personelu medycznego w ramach serwisu dziennego” i w tym zakresie Odwołujący także zastosował zwolnienie z podatku VAT.

Odwołujący nie wykazał, że przyjęta przez Konsorcjum Impel wykładnia przywołanej w wyjaśnieniach Interpretacji Ogólnej stanowi o błędzie w obliczeniu ceny oferty oraz że sposób skalkulowania ceny oferty przez Konsorcjum Impel stanowi manipulowanie ceną usługi i obejście przepisów skarbowych. Odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum Impel przyjęło w ofercie nieprawidłową stawkę podatku VAT, co mogłoby stanowić błąd w obliczeniu ceny oferty. Zauważyć należy, że Zamawiający w odpowiedzi na pyt. 37 do SWZ dopuścił wprost w formularzu ofertowym możliwość zastosowania przez wykonawców w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zwolnienia z podatku VAT. Zgodnie z SWZ, Zamawiający pozostawił wykonawcom kwalifikację podatkową usług, objętych przedmiotem zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, nieistotny dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania jest fakt, że usługi czynności pomocniczych przy pacjencie są świadczone na rzecz Zamawiającego przez inny, zewnętrzny podmiot na podstawie odrębnej umowy.

Za niezasadny Izba uznała zarzut złożenia przez Konsorcjum Impel oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji. Izba nie stwierdziła naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz przez dokonanie wyboru jakonajkorzystniejszej, oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, odwołując się do definicji czynu nieuczciwej konkurencji zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący nie wykazał jednak, że Konsorcjum Impel swoim działaniem w postępowaniu, w szczególności poprzez złożenie oferty, dokonało czynu sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, które to działanie zagrażałoby lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie stwierdziła podstaw do uznania, że wybór oferty Konsorcjum Impel jako najkorzystniejszej stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) i 8) i 10) Pzp lub narusza zasady, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

KIO 3548/21

ZARZUT NR 1

Za zasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust.1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez przyznanie Odwołującemu zbyt niskiej liczby punktów w kryterium jakości, w sytuacji gdy Odwołujący spełnił wszystkie wymagania Zamawiającego.

W Rozdziale V pkt. 1, ppkt. 2a SWZ Zamawiający wymagał aby wykonawcy przedstawili na potrzeby oceny ofert w ramach oceny jakości: „*Certyfikat lub inny równoważny dokument poświadczający że wykonawca, który będzie realizował zamówienie, posiada wdrożony i certyfikowany system zarządzania jakością ISO b) wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia oraz załączy kartę katalogową, deklarację zgodności, opinię PZH, dopuszczenia do w placówkach ochrony zdrowia (dotyczy preparatów do niwelowania przykrych zapachów)*”.

W Rozdziale XV pkt. 3, ppkt. 3.1 SWZ Zamawiający określił kryterium „jakość” jako jedno z kryteriów oceny ofert z wagą 40 pkt oraz określił szczegółowe podkryteria, w tym m.in. *jakość proponowanych preparatów do niwelowania nieprzyjemnych zapachów - posiadanych atest PZH oraz dopuszczenia do stosowania w placówkach ochrony zdrowia - 10 pkt./ brak - 0 pkt.*

Zamawiający w odpowiedziach na pytania do SWZ z dnia 16.08.2021r. (pytanie nr 76) potwierdził, że wykonawcy zobowiązani są zaproponować więcej niż jeden preparat do niwelowania nieprzyjemnych zapachów, aby otrzymać maksymalną liczbę punktów w tym podkryterium.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Odwołujący zaproponował 2 preparaty do niwelowania nieprzyjemnych zapachów: Aromat Flower VC 124 oraz Aromat Fresh VC 122, które posiadają aktualne świadectwa PZH oraz oświadczenie producenta dopuszczające stosowanie obu preparatów w placówkach ochrony zdrowia, które to dokumenty zostały złożone wraz z ofertą. W toku rozprawy Zamawiający zweryfikował swoje stanowisko w powyższym zakresie i przyznał do protokołu, że rzeczywiście wskazane przez Odwołującego dokumenty zostały załączone do oferty, wobec czego Odwołujący powinien otrzymać w zakresie tego kryterium maksymalną ilość punktów tj. 10 pkt. W konsekwencji zatem Odwołujący powinien otrzymać maksymalną liczbę punktów w kryterium jakościowym, tj. 40 punktów, a w łącznej punktacji wraz z kryterium ceny – 85,83 punktów, co plasuje Odwołującego na drugiej pozycji w rankingu ofert, tj. po ofercie Konsorcjum Impel.

ZARZUT NR 2 I 3

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U.2020.1913), wobec zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum Impel w zakresie wykazu oferowanych środków czystości do realizacji zamówienia publicznego oraz

dokumentów potwierdzających dopuszczenie w placówkach ochrony zdrowia, w sytuacji braku wykazania spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wobec zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum DGP w zakresie wykazu oferowanych środków czystości przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego i kart charakterystyki dla środków czystości/ opisu środków przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji umowy, w sytuacji braku wykazania spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP, przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 2176.ze zm.), a także z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jednolity z Dz. U. z 2021 r. poz. 305. ze zm.).

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Jednym z celów tego przepisu jest umożliwienie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kontroli prawidłowości prowadzonego postępowania przez innych wykonawców w taki sposób aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi, co potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 13 października 2016 r. sygn. akt: KIO 1835/16). Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 Pzp). Stosownie do treści art. 74 ust. 1 Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu (art. 73 ust. 1 Pzp).

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust 5 Pzp (nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania Wykonawców, których oferty zostały otwarte; ceny lub koszty zawarte w ofertach).

Ustawa Pzp, wprowadzając generalną zasadę jawności w stosunku do złożonych ofert, czyni zatem zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących

tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępnione oraz wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co stanowi wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk (tak wyrok KIO z dn. 15 października 2020 r., o sygn. akt KIO 2358/20). Przepis ten nakłada w konsekwencji na zamawiającego obowiązek badania uzasadnienia do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pod kątem jego skuteczności.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta także w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem - zgodnie z którą „tajemnica przedsiębiorstwa” oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

- a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;
- b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;
- c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

„Chodzi tu w szczególności o charakter informacji oraz to, jaką wartość gospodarczą ona posiada oraz czy ten rodzaj informacji/ta wiedza nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji/posiadającym tę wiedzę, a także, czy mają wartość handlową właśnie dlatego, że są objęte tajemnicą” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 października 2018 r., sygn. akt KIO 2035/18).

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie wówczas, jeżeli spełniają łącznie następujące warunki:

- są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy zaznaczyć, że pod pojęciem działań, które „przy zachowaniu należytej staranności” uprawniony podjął (powinien podjąć) w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich pozyskaniem, ujawnieniem lub wykorzystaniem przez osobę nieuprawnioną należy rozumieć staranność wymaganą w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny – tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 2320 ze zm.).

Powszechnie przyjmuje się (za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., CKN 304/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. - I CKN 1159/00, wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r. - I CKN 89/01), że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Z kolei, za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Informacja handlowa obejmuje natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Powszechna znajomość informacji albo co najmniej dostęp do niej osób, które są specjalistami w danej dziedzinie (osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji), wyłącza możliwość uznania jej za tajemnicę

przedsiębiorstwa. Wyjątek dotyczy zestawienia i zbioru informacji powszechnie dostępnych – wówczas chroniony jest dany szczególny zestaw informacji.

Jak wskazano w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653): *„Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”*

W konsekwencji należy uznać, iż ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Zatem brak wykazania, iż zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wykazanie zbyt ogólnikowe, niepełne, lakoniczne, a także powoływanie się jedynie na podstawę prawną możliwości zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, na orzecznictwo i poglądy doktryny - jest niewystarczające do uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Prawidłowe uzasadnienie zasadności zastrzeżenia powinno być wyczerpujące i możliwie szczegółowe tak, by w jak najbardziej precyzyjny sposób faktycznie wykazać zasadność zastrzeżenia, a więc łączne zmaterializowanie się trzech warunków niezbędnych do uznania, iż określona informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca zobligowany jest do przywołania konkretnych faktów, które uzasadniają utajnienie informacji poprzez wskazanie np. szkody, jaką poniósłby skutek ich ujawnienia. W treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r. (sygn. akt: KIO 200/18) wskazano, że: *„za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie”*.

Podkreślić należy również, że dotychczasowa jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zastrzegania i wykazywania tajemnicy przedsiębiorstwa nakazuje zamawiającym restrykcyjne podejście w zakresie oceny spełnienia przesłanek

skutecznej tajemnicy przedsiębiorstwa (tak m.in. w wyrokach o sygnaturach: KIO 863/15 z dnia 11.05.2015 r., KIO 636/15 z dnia 15.04.2015 r., KIO 764/15 z dnia 5.05.2015 r., KIO 291/15 z dnia 2.03.2015 r., KIO 200/18 z dnia 16.02.2018 r., KIO 539/20 z dnia 01.06.2020 r., KIO z dnia 15.10.2020 r., KIO 20/21 z dnia 03.02.2021 r.). Zasadą jest jawność postępowania i wszelkich składanych w jego toku dokumentów, natomiast wszelkie odstępstwa od tej zasady należy interpretować zawężająco, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa każdorazowo na podmiocie zastrzegającym tajemnicę. To wykonawca jako profesjonalista powinien dołożyć szczególnej staranności i wykazać wszelkimi możliwymi metodami, że dany dokument zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być przekazany innym podmiotom (w szczególności nie można za takowe uznać wyłącznie załączenia pisma, o ogólnej powtarzalnej treści nieodnoszącej się precyzyjnie do zastrzeganych informacji, w którym przywołuje się wyłącznie przepisy ustaw, orzecznictwo i lakoniczne okoliczności faktyczne – inna interpretacja ustawy prowadziłyby do patologicznego nadużywania rozwiązania z art. 18 ust. 3 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z pkt 2b Rozdziału V SWZ *Wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału*, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, co do oceny jakości: wykonawca ma wraz z ofertą złożyć wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia oraz załączy karty katalogową, deklarację zgodności, opinię PZH, dopuszczenia w placówkach ochrony zdrowia (dotyczy preparatów do niwelowania przykrych zapachów).

Konsorcjum Impel zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa przedłożone wraz z ofertą Zamawiającemu dokumenty:

- wykaz oferowanych środków czystości do realizacji zamówienia publicznego;
- dokumenty potwierdzające dopuszczające w placówkach ochrony zdrowia.

Konsorcjum DGP zastrzegło w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa przedłożone Zamawiającemu dokumenty:

- wykaz oferowanych środków czystości do realizacji zamówienia publicznego;
- karty charakterystyki dla środków czystości/opis środków przeznaczonych do realizacji umowy.

Obaj wykonawcy złożyli w swoich ofertach uzasadnienie do zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że Zamawiający niezasadnie uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w powyższych dokumentach przez ww. wykonawców jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzeżone wykazy oferowanych środków czystości obejmują dostępne na rynku produkty, które są dobierane przez wykonawców odpowiednio do wymogów określonych przez Zamawiającego w SWZ. Zestawienie środków spełniających wymagania Zamawiającego (w formie listy) nie stanowi unikalnej koncepcji realizacji zamówienia podlegającej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Lista środków czyszczących używanych w placówkach szpitalnych jest łatwo dostępna dla nieograniczonego kręgu osób. Wymagania w tym zakresie są jednoznaczne i jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, zostały narzucone w SWZ przez Zamawiającego. Spełnienie tych wymagań w postaci przedstawienia listy środków nie niesie w sobie wartości gospodarczej, która podlegałaby jako taka ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również karty charakterystyki oraz karty dopuszczające środki do użytku w placówkach ochrony zdrowia są kierowane przez producentów tych środków do nieograniczonego kręgu osób. Celem tych dokumentów jest wręcz powszechne informowanie o właściwościach określonych preparatów do nieograniczonej liczby osób zainteresowanych tymi informacjami. Żadne dowody na okoliczności przeciwnie nie zostały przez ww. wykonawców przeprowadzone. Ponadto, żaden z ww. wykonawców nie wykazał w złożonym Zamawiającemu uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że powyższe informacje stanowią ustawowo chronioną tajemnicę ich przedsiębiorstw.

Uzasadnienie zastrzeżenia wykazu środków, jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączone w ofercie Konsorcjum Impel zawiera jedynie bardzo ogólne, blankietowe wręcz sformułowania typu: *„Dokumenty te zawierają informacje gospodarcze i organizacyjne, których ujawnienie zagraża interesom wykonawcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania pozycji rynkowej wykonawcy.”* Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się wyraźnie do dokumentów stanowiących *„autorską koncepcję i opracowanie Wykonawcy”* oraz *„odzwierciedlenie własnego i zindywidualizowanego pomysłu wykonawcy oraz koncepcji realizacji usługi”*, podczas gdy zastrzeżone informacje zawierają listę środków z krótkim opisem ich zastosowania. Wykonawca wskazuje, że *„ww. dokumenty, jako efekt i część wypracowanej, długoletniej praktyki oraz doświadczenia Wykonawcy, stanowi istotny element konkurencji na rynku, pozyskiwania nowych kontaktów, efektywnej realizacji zamierzonych celów, zapewnienia jakości usługi przy optymalizacji jej kosztu. Należyta realizacja zadań wyznaczonych przez Zamawiającego jest uwarunkowana rzetelnym planem organizacji usługi uwzględniających ryzyka związane m.in. z fluktuacją kadr, doborem systemu nadzoru, reakcją na występujące zagrożenia higieniczne obejmującą m.in. dobór sprzętu i środków umożliwiających ich niwelację. W tym znaczeniu powyższe informacje mają w naszej ocenie doniosły charakter organizacyjny jako całość doświadczeń, których dorobił się Wykonawca w okresie prowadzenia swej działalności.”* Powyższy fragment oświadczenia

wykonawcy potwierdza w ocenie Izby, że przedstawione przez Konsorcjum Impel uzasadnienie zastrzeżenia wykazu środków jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter ogólnego i uniwersalnego szablonu, który nie może stanowić skutecznego zastrzeżenia konkretnego dokumentu, jakim jest wykaz środków w danym postępowaniu, w odniesieniu do którego to dokumentu – informacji w nim zawartych - wykonawca powinien wykazać spełnienie wszystkich przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe przesłanki nie zostały w żaden sposób przez wykonawcę wykazane.

Podobnie w uzasadnieniu zastrzeżenia dokumentów przez Konsorcjum DGP jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca wyjaśnia m.in., że *„Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, przyjętego planu higieny wykonania usługi, która następnie mają przełożenie na sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, prowadzi do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji.”* oraz *„Wszystkie ww. dokumenty opracowane przez Wykonawcę na potrzeby danego postępowania w oparciu o wiedzę, doświadczenie, know-how, bazę dostawców, bazę pracowników i systemy ich pozyskiwania oraz kształcenia, wewnętrzne procedury funkcjonujące u danego Wykonawcy pokazuje, w jaki sposób Wykonawca zamierza zorganizować pracę na kontrakcie z jednej strony w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia z drugiej strony w celu minimalizacji kosztów własnych. Zastrzegane Informacje przedstawiają także samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przedmiotowych informacji przed ich bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Konkurenci Wykonawcy mogliby bowiem na podstawie tych danych przewidzieć stosowaną przez Wykonawcę strategię realizacji usług, czy wprost stosować tą samą, sprawdzoną strategię.”* Przedstawione przez Konsorcjum DGP uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter bardzo ogólny oraz w znacznym stopniu niezwiązany z charakterem informacji zawartych w wykazie środków i kartach charakterystyki, które zawierają jawne informacje pochodzące od producenta poszczególnych środków. Wykonawca załączył co prawda do powyższej informacji dowody dotyczące działań podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak nie zostały one w żaden sposób powiązane z zakresem zastrzeżonych informacji. Uzasadnienie powyższe nie spełnia zatem przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba wskazuje, że działanie Zamawiającego polegające na bezkrytycznym przyjęciu dokonanych przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum DGP zastrzeżeń informacji zawartych w

ich ofertach, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców informacji zawartych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności mając na uwadze zasadę jawności postępowania, zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie informacji, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum Impel i Konsorcjum DGP.

ZARZUT NR 4 (A-G) i NR 5 (A-E)

Izba uznała za zasadne zarzuty podniesione przez Odwołującego wobec nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego zgodności z warunkami zamówienia treści oferty złożonej przez Konsorcjum Ever oraz treści oferty złożonej przez Konsorcjum Fudeko. Faktycznie ta nieprawidłowa ocena wynika z faktu, który przyznał Zamawiający, zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie, że nie dokonywał on w prowadzonym postępowaniu oceny zgodności środków do realizacji zamówienia przedstawionych przez wykonawców w wykazie stosowanych środków, z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w załączniku nr 4 do SWZ.

W ocenie Izby, z treści SWZ wynika jednoznacznie, że Zamawiający w Załączniku nr 4 określił wymagania wobec proponowanych przez wykonawców środków do realizacji zamówienia. Zamawiający w tych okolicznościach nie był uprawniony do pominięcia tych wymagań przy ocenie zgodności treści złożonych ofert z wymaganiami określonymi w SWZ. Obowiązek zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości obliguje Zamawiającego do dokonania badania i oceny ofert w powyższym zakresie.

Podkreślenia wymaga, że Izba w ramach postępowania odwoławczego nie może dokonywać czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za Zamawiającego, tj. nie może wykonać czynności, których Zamawiający nie wykonał będąc do tego zobowiązany. Z tego względu, mając na uwadze treść zarzutów podniesionych w odwołaniu w zakresie niezgodności treści ww. ofert z wymogami SWZ, Izba w pierwszej kolejności nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności badania i oceny ofert w omawianym zakresie, tj. w odniesieniu do proponowanych przez wykonawców środków do realizacji zamówienia (preparatów higienicznych i dezynfekujących). Zamawiający, stosownie do wyników tych czynności, powinien dokonać stosownej oceny ofert, której rezultat może wpłynąć na wybór oferty najkorzystniejszej.

ZARZUT NR 6

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 239 ust.1 Pzp w związku z ar. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez przyznanie Konsorcjum Ever maksymalnej punktacji w kryterium jakości, w sytuacji gdy ww. wykonawca nie spełnił wymagań Zamawiającego określonych w kryterium oceny ofert – „jakość”.

Zamawiający w Rozdziale V, pkt. 1, ppkt. 2a wymagał przedstawienia na potrzeby oceny w kryterium jakości: *„Certyfikat lub inny równoważny dokument poświadczający że wykonawca, który będzie realizował zamówienie, posiada wdrożony i certyfikowany system zarządzania jakością ISO b) wykaz stosowanych środków, które wykonawca będzie wykorzystywał przy realizacji zamówienia oraz załączy kartę katalogową, deklarację zgodności, opinię PZH, dopuszczenia do w placówkach ochrony zdrowia (dotyczy preparatów do niwelowania przykrych zapachów)”*.

W Rozdziale XV, pkt. 3, ppkt. 3.1 Zamawiający określił w ramach kryterium oceny ofert „jakość”, podkryterium *„jakość proponowanych preparatów do niwelowania nieprzyjemnych zapachów - posiadanych atest PZH oraz dopuszczenia do stosowania w placówkach ochrony zdrowia - 10 pkt./ brak - 0 pkt”*.

W odpowiedziach na pytania do SWZ z dnia 16.08.2021r. (nr 76) Zamawiający potwierdził, że wykonawcy zobowiązani są zaproponować więcej niż jeden preparat do niwelowania nieprzyjemnych zapachów.

Konsorcjum Ever w załączonym do oferty „Wykazie stosowanych środków zaproponowało tylko jeden preparat do niwelowania nieprzyjemnych zapachów – NANER NAS 110, co powinno skutkować przyznaniem 0 pkt tej ofercie w ramach podkryterium *„jakość proponowanych preparatów do niwelowania nieprzyjemnych zapachów - posiadanych atest PZH oraz dopuszczenia do stosowania w placówkach ochrony zdrowia”*.

Biorąc pod uwagę, że ocena punktowa oferty Konsorcjum Ever może mieć, w konsekwencji powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, istotny wpływ na wynik postępowania, Izba uwzględniła odwołanie w powyższym zakresie nakazując Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 3537/21 na podstawie art. 553 Pzp oraz w zakresie odwołania o sygn.. akt KIO 3548/21 na podstawie art. 554 ust. 1, 2 i 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 i § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: