

WYROK
z dnia 8 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel System Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118 53-111 Wrocław; Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118 53-111 Wrocław; Ars Medica Sp. z o.o., ul. Ślężna 118 w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Żołnierska 18; 10-561 Olsztyn

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel System Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118 53-111 Wrocław; Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118 53-111 Wrocław; Ars Medica Sp. z o.o., ul. Ślężna 118 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel System Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118 53-111 Wrocław; Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118 53-111 Wrocław; Ars Medica Sp. z o.o., ul. Ślężna 118 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:.....

U z a s d n i e n i e

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Żołnierska 18; 10-561 Olsztyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa sprzątnia, czynności pomocniczych przy pacjencie i transportu wewnętrznego”, (znak postępowania DZPZ/333/12UEPN/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 135-332890 z dnia 16 lipca 2019 r.

Odwołujący w dniu 11 września 2019 r. powziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S4H Sp. z o.o. ul. Zientary Małewskiej 24 B, 10-302 Olsztyn i Medicare Services Sp. z o.o., ul. Artyleryjska 3 H. 10-165 Olsztyn.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel System Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118 53-111 Wrocław; Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118 53-111 Wrocław; Ars Medica Sp. z o.o., ul. Ślężna 118 w dniu 23 września 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz udzielenie zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

2)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wybranego Wykonawcy mimo. że ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

3)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej mimo. że dokumenty przedstawione przez wybranego Wykonawcę w ww. zakresie nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu;

4)art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę mimo. że ten złożył ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny tj. zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT;

5)art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wybranego Wykonawcy

do wyjaśnienia treści oferty mimo, że zastosowana przez wybranego Wykonawcę stawka podatku VAT budzi wątpliwości co do podstaw i zasadności jej zastosowania;

6) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

a) dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę polegającej na zaniechaniu zbadania rażąco niskich cen składowych tych ofert celem wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty ww. Wykonawcy jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

b) zaniechania wezwania do wyjaśnienia istotnych części składowych ww. oferty wybranego Wykonawcy, które są rażąco niskie w związku z zaoferowaniem przez Wybranego wykonawcę rażąco niskiej i nierealnej ceny jednostkowej;

c) zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny przez Odwołującego mimo, że cena oferty wybranego Wykonawcy budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ;

d) uznaniem, że ceny i istotne części składowe oferty wybranego Wykonawcy nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę, polegającej na uznaniu, że cena oferty wybranego Wykonawcy nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i nie jest ceną rażąco niską;

7) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 3ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wobec zaniechania odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy jako sporządzonej niezgodnie z SIWZ i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

8) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę mimo, że treść oferty wybranego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;

9) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę mimo, że oferta wykonawcy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

10) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta wybranego Wykonawcy nie jest rażąco niska;

11) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania a nadto oferty podlegającej odrzuceniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty

Wykonawcy: Konsorcjum: Lider: S4H Sp. z o.o. ul. Zientary Malewskiej 24 B. 10-302 Olsztyn i Medicare Services Sp. z o.o., ul. Artyleryjska 3 H, 10-165 Olsztyn;

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wybranego Wykonawcy lub ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania wybranego Wykonawcy do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnych z przedmiotem zamówienia;

4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwanie wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do podstaw i okoliczności uzasadniających zastosowaną do obliczenia ceny stawkę podatku VAT;

5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy jako oferty niezgodnej z SIWZ oraz nieważnej na podstawie odrębnych przepisów;

6) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji lub ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwanie wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny;

oraz

7) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego - czynności dokonane przez Zamawiającego są wadliwe i bezpodstawne, gdyż wybrany Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej a jego oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a ponadto zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W uzasadnieniu odwołania, podniósł, co następuje:

I. Zarzut niespełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniem rozdziału V. 1.2 SIWZ (str. 17 SIWZ) - warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał należycie co najmniej 2 usługi, które odpowiadają rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia tj. polegają na usłudze sprzątnia o wartości nie mniejszej niż 800 000,00 zł. Wykaz winien obejmować usługi, które rozpoczęły się nie wcześniej niż 3 lata przed terminem składania ofert.

Zauważył, że przedmiotem zamówienia (III. SIWZ str. 1 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia) jest usługa sprzątanía, czynności pomocniczych przy pacjencie i transportu wewnętrznego. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:

- a) sprzątanía i dezynfekcję pomieszczeń i ciągów komunikacyjnych oraz mycia i dezynfekcji wyposażenia,
- b) czynności pomocnicze przy pacjentach - podanie i odbiór kacek, basenów, pomoc przy przenoszeniu pacjenta,
- c) pomoc w transporcie pacjentów,
- d) transport wewnętrznego.

Wobec tego wskazał, że na przedmiot zamówienia składają się zasadniczo dwa rodzaje świadczeń tj. czynności sprzątanía oraz czynności pomocnicze przy pacjentach wraz z transportem pacjenta. Czynności pomocnicze przy pacjentach stanowią istotną część zamówienia, która dotyczy 80% ceny ofertowej i oprócz zadań wskazanych pod ww. literą b) dotyczą m.in:

- a) pomocy w transporcie pacjentów
- b) transportu wewnętrznego (sprzęt i materiały)
- c) pomocy przy wykonywaniu czynności higienicznych: pomoc przy podawaniu i odbieraniu basenów i kacek, przekładaniu pacjenta
- d) transportu chorych leżących na terenie szpitala - pomoc przy transporcie do pracowni diagnostycznych na zabiegi i z powrotem z oddziałów i do działów szpitala
- e) transportu chorych siedzących na wózkach na terenie szpitala (osoby te powinny posiadać uprawnienia co najmniej sanitariusza szpitalnego)
- f) pomocy pacjentom chodzącym w przemieszczaniu się w obrębie szpitala do pracowni diagnostycznych szpitala (osoby te powinny posiadać uprawnienia sanitariusza medycznego);
- g) transportu pacjentów z oddziałów w dni robocze: z oddziałów na badania planowe i „citowe” zgodnie z harmonogramem (wokandą) oddziału , w' godzinach 8.00 - 16.00.
- h) transportu pacjentów - Izba Przyjęć-oddziały szpitalne godz. 7.00 - 15.00 w dni robocze;
- i) gospodarki bielizną
- j) gospodarki odpadami.

Wyjaśnił, że wybrany Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej przedstawił usługi zrealizowane na rzecz:

- 1) Szpitala Puckiego sp. z o.o. - konsorcjum: Clean Service sp. z o.o. +S4H sp. z o.o.

2) Szpitala Powiatowego we Wrześni - konsorcjum: S4H sp. z o.o., Clean Service sp. z o.o. + WPU sp. z o.o.

3) SPZZOZ Ostrowia Mazowiecka - konsorcjum: S4H sp. z o.o., Clean Service sp. z o.o. + KMORDER sp. z o.o.

Odwołujący zaznaczył, że wszystkie umowy, których dotyczą referencje przedstawione przez wybranego Wykonawcę zostały realizowane przez tylko jeden podmiot uczestniczący w konsorcjum wybranego Wykonawcy tj. przez S4H sp. z o.o.

Czynności realizowane przez przedsiębiorcę S4H sp. z o.o. w zakresie ww. umów obejmują wyłącznie:

- a) czynności porządkowo - czystościowe,
- b) gospodarkę bielizną.
- c) gospodarkę odpadami oraz
- d) transport wewnątrzszpitalny sprzętu i środków.

Dodatkowo stwierdził, że Przedsiębiorca S4H sp. z o.o. - uczestnik wybranego konsorcjum nie realizował w ramach ww. umów takich czynności jak:

- a) transportu pacjentów (co do których Zamawiający wymaga określonego doświadczenia medyczne, tj. wymaga zatrudnienia sanitariuszy):
- b) asysta przy przemieszczaniu się pacjentów
- c) czynności pomocowe przy pacjencie.

W związku z tym Odwołujący podniósł, że wybrany Wykonawcy nie posiada i nie wykazał się doświadczeniem w zakresie usług pomocy przy pacjencie, które stanowią integralną i istotną część przedmiotu zamówienia.

Tym samym - w ocenie Odwołującego - wybrany Wykonawca nie wykazał, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego - wybrany Wykonawca nie wykazał spełniania ww. warunku, gdyż przedstawione przez niego doświadczenie nie potwierdza, że zrealizował lub realizuje usługi odpowiadające rodzajem lub zakres przedmiotowi zamówienia, tj. usługi obejmujące m.in. czynności pomocy przy pacjencie wraz z transportem.

Odwołujący z ostrożności wskazał, że ww. warunek udziału w postępowaniu nie dotyczy i nie zamyka się wyłącznie do dowolnych usług sprzątnia.

Według Odwołującego - usługą odpowiadającą rodzajem i treścią przedmiotowi niniejszego zamówienia ze względu na SIWZ oraz charakterystykę usługi zawartą w opisie przedmiotu zamówienia jest kompleksowa, łączona usługa sprzątnia wraz z czynnościami pomocy przy pacjencie.

Argumentował, że Zamawiający w treści ww. warunku jednoznacznie wymagał, że doświadczenie wymagane od Wykonawcy musi odpowiadać rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, a zastrzeżenie to stanowi treść warunku udziału w postępowaniu i identyfikuje rodzaj świadczenia wymaganego na potwierdzenie spełnienia ww. wymogu.

Tym samym zastrzeżenie to nie jest obojętne dla oceny potencjału wykonawcy.

Odwołujący pozostaje w przekonaniu, że celem wprowadzenia (warunków udziału w postępowaniu) jest przede wszystkim zapewnienie możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, a zatem muszą one być adekwatne i konieczne do osiągnięcia tego celu.

Dalej wywodził, że określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”, a zatem należy także, mieć na uwadze, iż nie tylko nie mogą one być zbyt wygórowane, ale też nie mogą być zbyt niskie.

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że pozytywne kwalifikacja doświadczenia przedstawionego przez wybranego Wykonawcę jako potwierdzającego spełnianie ww. warunku jest niezgodne z ustawą Pzp, gdyż dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawcę legitymującego się potencjałem, który nie jest tożsamy z wymogami postawionymi w tymże warunku.

Doświadczenie wykazane przez wybranego Wykonawcę nie jest – w ocenie Odwołującego - adekwatne lub rodzajowo proporcjonalne z przedmiotem zamówienia a w konsekwencji nie odpowiada warunkowi w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że wykazane doświadczenie wybranego Wykonawcy dotyczy wyłącznie usług porządkowych, zaś warunek udziału w postępowaniu wymaga natomiast od wykonawcy kompleksowego doświadczenia w usługach sprzątnia obejmujących również usługi pomocy przy pacjencie, w tym transport pacjenta.

Odwołujący uważa, że dla odczytania treści ww. warunku jest przy tym obojętne, że

wartość usług powinna być wykazana wyłącznie dla usług sprzątnia.

Odwołujący zaznaczył, że o treści warunku przesądza całość zastrzeżenia (wymogu) opisana w SIWZ, a nie jego część rozpoczynająca się od sformułowania tj.: Podkreślenia wymaga również fakt, że aktualna treść Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzaju dokumentów z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U.2016 poz. 1126 z późn. zm.) nie odwołuje się do pojęcia usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, a tym samym warunki zdefiniowane w SIWZ przy użyciu tego pojęcia stanowią element konkretyzacji warunku.

Stwierdził, że wskazane pojęcie jest więc istotne dla oceny spełniania warunku przy wykonawcę, a zatem treść ww. warunku udziału jest definiowana zarówno przez odniesienie do rodzaju usług opisanych w SIWZ jak i przez wymóg wartościowy co do usług sprzątnia.

Z uwagi na okoliczność, że doświadczenie wybranego Wykonawcy nie dotyczy i nie obejmuje usług pomocy przy pacjencie, to jako takie – zdaniem Odwołującego - nie odpowiada wymogom pierwszej części warunku i jest niezgodne z rodzajem usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, bowiem przedmiotem zamówienia są zarówno usługi sprzątnia jak i usługi pomocy przy pacjencie w tym transport pacjenta, które to należy traktować jako kompleksowy zbiór czynności składających się na całość zadania.

II. Zarzut błędu w obliczeniu ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że wybrany Wykonawca do obliczenia ceny zastosowała dla czynności pomocowych przy pacjencie stawkę podatku VAT: zw, która jest szczególną stawką podatku VAT o charakterze przedmiotowo – podmiotowym, a jej zastosowanie jest możliwe wyłącznie w przypadku zaistnienia okoliczności określonych ustawą o VAT.

Według Odwołującego - zastosowanie ww. stawki dopuszczalne jest w sytuacji, gdy podmiot je realizujący jest podmiotem wykonującym usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, podczas gdy wybrany Wykonawca zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami na dzień składania ofert nie posiadał wpisu do Rejestru Podmiotów Lecznicych, który to wpis jest niezbędny dla wykonywania działalności uprawniającej do stosowania ww. zwolnienia.

Zarzucił, że Zamawiający, pomimo ww. okoliczności zaniechał zweryfikowania, czy wybrany Wykonawca prawidłowo ustalił podstawę opodatkowania podatkiem VAT, mimo że ciążył na nim obowiązek prawny w tym zakresie.

Odwołujący podniósł, że zastosowanie przez wybranego Wykonawcę ww. stawki VAT zw. jest niegodne z ustawą o VAT i tym samym stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem ofert wybranego Wykonawcy na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Powołał się na art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług zgodnie, z którym zwalnia się od podatku: usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze (art. 43 ust. 1 pkt 18), usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza (art. 43 ust. 1 pkt 18a).

Według twierdzenia Odwołującego - zakres powyższego zwolnienia jest ograniczony podmiotowo, zgodnie bowiem z art. 43 ust. 18a ustawy o podatku od towarów i usług ma ono zastosowanie do dostaw towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, wykonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe, tj. usługi medyczne.

Powołał się również na Interpretację ogólną Nr PTI.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r. z której wynika, iż zwolnienie z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług będzie miało zastosowanie jedynie wówczas, gdy usługi te wykonywane będą przez podmioty świadczące usługi medyczne i będą z tymi usługami medycznymi ściśle związane.

Zwrócił uwagę, że głównym celem wydania ww. Interpretacji ogólnej było usunięcie wątpliwości dotyczących przedmiotowego zakresu zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług, bowiem wobec różnego zakresu usług świadczonych w ramach umów outsourcingu funkcjonujących w praktyce gospodarczej powstawały wątpliwości, jakie usługi można uznać za ściśle związane ze świadczeniem usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia.

Zauważył, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) pojęcie „opieki medycznej”, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług należy odnosić do świadczeń, które służą diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia.

Dalej wywodził, że w świetle ww. Interpretacji ogólnej, która opiera swoją argumentację o orzecznictwo TSUE, usługi, których dotyczy postępowanie, nie są usługami medycznymi, ale usługami ściśle związanymi z medycznymi, zatem nie zachodzi żadna przesłanka do zastosowania zwolnienia z VAT. bowiem brak jest w tym przypadku wykonywania przez wykonawcę usługi podstawowej, czyli medycznej, z którą usługa pomocnicza mogłaby pozostawać w ścisłym związku.

Przedmiot zamówienia udzielanego w ramach postępowania nie obejmuje świadczenia usług medycznych (usługi głównej), skoro zaś nie występuje świadczenie usługi głównej, to nie można mówić o świadczeniu usługi pomocniczej, która by pozostawała z usługą główną w ścisłym związku.

W zakresie przedmiotu zamówienia udzielonego w ramach postępowania nie mieści się świadczenie usług medycznych, a żaden z członów Konsorcjum wybranego Wykonawcy nie świadczy takich usług na rzecz Zamawiającego.

W takim stanie rzeczy – w ocenie Odwołującego - nie jest obiektywnie możliwe, aby świadczone w ramach postępowania usługi, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług pozostawały w ścisłym związku ze świadczeniem usługi podstawowej (medycznej). Fakt ograniczeń zastosowania wyżej wymienionego zwolnienia do określonego kręgu podmiotów został wskazany w treści Interpretacji ogólnej kilkakrotnie.

Według Odwołującego - przepis art. 43 ust. 18a ustawy o podatku od towarów i usług wskazuje, że zwolnienie, o którym mowa m.in. w ust. 1 pkt 18a, ma zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi (a więc w zakresie opieki medycznej), dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe (tj. rzeczywiście świadczących takie usługi).

Argumentował, że skoro zaś warunkiem podmiotowym zwolnienia dla usług w zakresie opieki medycznej jest ich wykonywanie przez podmioty lecznicze w ramach ich działalności leczniczej, również tylko podmioty o takim charakterze będą mogły korzystać ze zwolnienia w przypadku usług ściśle z ww. usługami związanymi.

Przekonywał, że czynności ściśle związane z usługą w zakresie opieki medycznej (czynności pomocnicze, których przykłady wymienione zostały w interpretacji ogólnej) będą objęte zakresem zwolnienia od podatku pod warunkiem, że będą wykonywane na rzecz podmiotu leczniczego na jego terenie przez odpowiednie podmioty, które również świadczą

usługi w zakresie opieki medycznej służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, Podmioty niebędące leczniczymi (np. prywatne firmy sprząające lub cateringowe) nie będą mogły z przedmiotowego zwolnienia korzystać.

Zaznaczył, że stanowisko powyższe potwierdził również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie w wyroku z 17 listopada 2011 r., w którym podkreślił, że zakres zwolnienia z VAT przewidziany w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług obejmuje wyłącznie usługi w zakresie opieki medycznej, względnie ściśle z nimi związane usługi pomocnicze, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Warunkiem koniecznym acz niewystarczającym dla zastosowania zwolnienia z VAT przewidzianego w art. 43 ust. 1 pkt 18 lub 18a ustawy o podatku od towarów i usług jest zatem świadczenia usługi medycznej (głównej), z którymi usługi pomocnicze mogłyby pozostawać w związku.

Zwrócił uwagę, że na niemożność stosowania przesłanki zwolnienia z VAT określonej w art. 43 ust. 1 pkt 18 lub 18a ustawy o podatku od towarów i usług do świadczenia usług utrzymania czystości w obiektach szpitala Izba wskazała w wyroku z 13 listopada 2012 r.: „skoro usługą podstawową, objętą przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania czystości w obiektach szpitala, która nie podlega zwolnieniu z VAT, a usługi pomocnicze, wymienione w SIWZ, nie są usługami ściśle związanymi z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, to nie zaistniała podstawa do zastosowania zwolnienia od VAT. określona w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług”.

Jeżeli zatem żaden członek wybranego Wykonawcy (Konsorcjum) nie świadczy usług medycznych, to nie jest możliwe wystąpienie stanu ścisłego związania usług objętych zwolnieniem z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług ze świadczeniem usług medycznych - jako usługą podstawową, a w konsekwencji w realiach postępowania nie jest dopuszczalne zastosowanie przez wybranego Wykonawcę omawianego zwolnienia z VAT.

Według Odwołującego - ze zwolnienia przewidzianego w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług mogą korzystać wyłącznie podmioty świadczące usługi medyczne. Przepis ma charakter wyjątku od ogólnej reguły opodatkowania podatkiem VAT, zatem jego wykładnia winna następować przy uwzględnieniu zasady *exceptiones non sunt extentendie*. Nie jest zatem dopuszczalne rozszerzanie zakresu omawianego zwolnienia z VAT czy to w zakresie przedmiotowym, czy podmiotowym.

Z treści wpisów w Rejestrze Podmiotów Leczniczych wynika, że możliwość prowadzenia działalności w zakresie świadczenia usług medycznych nie została przewidziana dla żadnego z członków wybranego Konsorcjum.

Nie ma – w przekonaniu Odwołującego - żadnego uzasadnienia dla rozszerzania podmiotowego zakresu zwolnienia z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług o podmioty, które nie świadczą usług medycznych, lub ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia (czy wykonują umowę w sprawie zamówienia publicznego) z podmiotami, które hipotetycznie takie usługi mogłyby świadczyć. Do takiego nieuprawnionego rozszerzenia zakresu podmiotowego zwolnienia z VAT doszło w przypadku wybranego Wykonawcy.

Konstatację powyższą potwierdza – zdaniem Odwołującego - treść Interpretacji ogólnej akcentująca, iż przesłanka zwolnienia z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług dotyczy konkretnych kategorii podmiotów, tj. podmiotów leczniczych świadczących wymienione w tym przepisie usługi medyczne albo usługi medyczne i usługi pomocnicze ściśle z tymi usługami medycznymi związane. Tymczasem nie ulega wątpliwości Odwołującego, że żaden z członków wybranego Konsorcjum nie posiadał w dniu składania statusu podmiotu leczniczego, a zatem podmiotem, który jest uprawniony do skorzystania ze zwolnienia z podatku VAT.

Według Odwołującego - nieprawidłowe zastosowanie przez wybranego Wykonawcę zwolnienia z VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o podatku od towarów i usług winno być kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, którego wystąpienie obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty.

Niezależnie od przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nastąpiło również ziszczenie się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem Zamawiający w rozdziale SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” zawarł wymóg, aby cena obejmowała wszystkie czynniki wpływające na jej wysokość, w tym podatek VAT, a wybrany Wykonawca nie uczynił zadość temu obowiązkowi, gdyż w swoich cenach ofertowych zastosował nieprawidłowy podatek VAT.

Tym samym, wbrew wyraźnemu postanowieniu SIWZ, oferta wybranego Wykonawcy nie uwzględniła wszystkich czynników mających wpływ na wysokość ceny, gdyż nie uwzględniła należnego podatku VAT w jego prawidłowej wysokości, implikowanej normami ustawy o podatku od towarów i usług.

Z powyższych względów w realiach postępowanie ustalenie wysokości kwoty podatku VAT dla przedmiotu zamówienia skutkuje nie tylko ziszczeniem się przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ale również przesłanki opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

III. Zarzut nieważności oferty na podstawie innych przepisów.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, usługa, której dotyczy zamówienie ma charakter złożony i obejmuje dwa zasadnicze świadczenia tj. usługę sprzątnięcia oraz usługę pomocy przy pacjencie wraz z transportem pacjenta.

Wskazał, że zgodnie z obowiązującym prawem usługa porządkowo - czystościowa nie wymaga legitymowania się przez wykonawcę uprawnieniami lub zezwoleniami, zaś czynności pomocowe przy pacjencie z uwagi na ich kwalifikowany charakter wymagają ich realizacji przez pomiot profesjonalnie trudniący się działalnością leczniczą.

Zwrócił uwagę, że działalność leczniczą jest działalnością reglamentowaną i jej wykonywanie wymaga m.in. uzyskania wpisu do właściwego rejestru tj. do Rejestry Podmiotów Leczniczych, który to wpis ma charakter konstytutywny. Obowiązek taki wynika z ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, zwanej dalej: UDL. Zgodnie z przywołaną ustawą:

1) art. 16 UDL - działalność lecznicza jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo Przedsiębiorców. Podmiot zobowiązany jest spełniać określone warunki, min.:

- zapewniać udzielenie świadczeń zdrowotnych przez osoby wykonujące zawód medyczny lub spełniające określone w innych przepisach:

- posiadać umowę ubezpieczenia OC podmiotu leczniczego w określonym ustawą zakresie szkód będących następstwem udzielania lub zaniechania udzielenia świadczeń zdrowotnych

2) art. 103 UDL: działalność leczniczą można rozpocząć po uzyskaniu wpisu do rejestru.

Mając na względzie, że zgodnie z SIWZ do realizacji zamówienie koniecznym jest zatrudnienie sanitariuszy i opiekunów medycznych, a także realizacja czynności kwalifikowanych jako opieka nad pacjentem, to usługa wobec wyżej przywołanych przepisów – w ocenie Odwołującego - może być realizowana wyłącznie przez podmiot leczniczy.

Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami tj. na podstawie jawnego wpisu do

Rejestru Podmiotów Lecznicznych, Odwołujący podniósł, że wybrany Wykonawca nie posiada wymaganych prawem uprawnień do realizacji zamówienia.

Wobec tego Odwołujący wskazał, że ze względu na brak posiadania przez wybranego Wykonawcę ww. uprawnień złożona przez niego oferta jest nieważna, gdyż została złożona przez podmiot nieuprawniony do świadczenia tego typu usług, a nadto realizacja usługi przez taki podmiot będzie sprzeczna z prawem i narazi Zamawiającego na wyłączną odpowiedzialność w przypadku uchybień lub wad w świadczeniu otrzymanym od wybranego Wykonawcy.

Na potwierdzenie istnienia ww. ryzyka zaistnienia nieprawidłowości w realizacji zadań Odwołujący powołał się na informację zawartą w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia nr 50026797 I-N-2018 z dnia 08.11.2018 r. zamieszczoną na wniosek SPZOZ w Świdniku, z której wynika, że wybrany Wykonawca - konsorcjum firm z udziałem spółki S4H sp. z o.o. jako lidera konsorcjum - został odsunięty od realizacji zamówienia w trybie natychmiastowym, a umowa z nim została wypowiedziana przez Zamawiającego na skutek nienależytego wykonania zamówienia poprzez nieprawidłowe wykonywanie usługi sprzątnia, które stwarzało bezpośrednie zagrożenia dla życia i zdrowia pacjentów i realnie wstrzymywało świadczenie usług medycznych przez Szpital ze względów epidemiologicznych.

Wobec powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że wybrany Wykonawca nie tylko nie posiada legitymacji prawnej do świadczenia usług objętych zamówieniem, ale również wątpliwym jest, aby posiadana przez niego wiedza i doświadczenie (know how) dawały gwarancje należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że referencje i poświadczenia przedstawione przez wybranego Wykonawcę, a także inne powszechnie dostępne informacje na temat profilu działalności wybranego Wykonawcy, jakości świadczonych przez niego usług oraz posiadanych przez niego zezwoleń, pozwoleń i wpisów potwierdzają, że:

1) wybrany Wykonawca nie ma doświadczenia w zakresie realizacji zadań przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia, gdyż nie wykazał, aby posiadał doświadczenie w realizacji czynności pomocniczych i transportu;

2) wybrany Wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania zamówienia w części stanowiącej istotny element zamówienia tj. w części dotyczącej zadań polegających na czynnościach pomocy dla pacjentów - brak wpisu do Rejestru Podmiotów Lecznicznych; wątpliwym jest również, aby wybrany Wykonawca posiadał wymagane od podmiotów leczniczych ubezpieczenie OC;

3) wybrany Wykonawca nie posiada legitymacji do zastosowania stawki zwolnienia z VAT, gdyż zgodnie z Rejestrem Podmiotów Leczniczych nie jest podmiotem leczniczym a tylko podmioty lecznicze są uprawnione do zastosowania ww. zwolnienia;

4) wybrany Wykonawca nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia a doświadczenia innych Zamawiających potwierdzają, że świadczenie usług przez wybranego Wykonawcę zagraża zdrowiu i życiu i zdrowiu pacjentów Zamawiającego.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zauważył, że uczestnik wybranego Konsorcjum - Medicare Services sp. z o.o. - istnieje od nieco ponad miesiąca i nie ma żadnego doświadczenia w świadczeniu usług objętych zamówienia, a ponadto ze względu na brak wymaganego wpisu do rejestru nie ma statusu podmiotu leczniczego.

Przyznał, że lider wybranego Konsorcjum S4H sp. z o.o. - istnieje wprawdzie dłużej na rynku, ale doświadczenia innych Zamawiających potwierdzają, że jest podmiotem niewiarygodnym i nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł również, że oferta wybranego Wykonawcy jest nieważna ze względu na inne przepisy również dlatego, że wybrany Wykonawca zastosował do obliczenia ceny oferty stawkę podatku (zwolnienie) pomimo, że nie był tego legitymowany i uprawniony zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług oraz innymi przepisami.

Odwołujący zaznaczył, że uprawnienie do zastosowania stawki zw VAT ma charakter podmiotowo-przedmiotowy, co oznacza, że zwolnienie to może być zastosowanie, o ile dotyczy jednocześnie przedmiotu (opieka medyczna opisana w ustawie o VAT) oraz podmiotu (podmiot leczniczy utworzony i działający zgodnie z odrębnymi przepisami).

Zważywszy na okoliczność, że wybrany Wykonawca nie posiada statusu podmiotu leczniczego to zastosowane przez niego do obliczenia zwolnienie VAT jest bezprawne i jako takie stanowi błąd w obliczeniu ceny, a z uwagi na przepisy o VAT czyni jego ofertę nieważną.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że działania wybranego Konsorcjum w tym, w szczególności opis wykonywanej działalności zawarty w KRS przedsiębiorcy, wskazują, że wybrany Wykonawca ma świadomość przesłanek do zastosowania ww. zwolnienia z VAT i zastosowane przez niego zwolnienie nie jest wyłącznie konsekwencją błędu co możliwości i legalności zastosowania ww. zwolnienia, ale stanowi celowe, zamierzone i rozmyślane działanie, którego celem jest uzyskanie konkurencyjnej ceny, a w konsekwencji zwanie

umowy.

Odwołujący podkreślił, że opis działalności zawarty w KRS nie stanowi według prawa podstawy do zakwalifikowania przedsiębiorcy do podmiotów leczniczych, a status ten można uzyskać wyłącznie po uzyskaniu wpisu do Rejestru Podmiotów Leczniczych.

Mając na względzie, że opis zawarty w KRS członka wybranego Konsorcjum odpowiada swoim zakresem zakresom działalności podmiotów leczniczych, to - w ocenie Odwołującego - powyższa okoliczność potwierdza, że wybrany Wykonawca świadomie i celowo zastosował nieprzysługujące mu zwolnienie VAT.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił, że wybrany Wykonawca chciał wywołać u czytających (Zamawiającego i konkurencji) błąd co do posiadanego przez siebie statusu (podmiot leczniczy), czym jednocześnie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił również, że ze względu na celowość ww. działania oferta wybranego Wykonawcy zawiera nie tylko błąd w obliczeniu ceny i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ale jest również nieważna ze względu na art. 58 § 1 i 2 Kodeksu Cywilnego zgodnie, z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna (...) i nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Mając na względzie, że oczywistym dla Odwołującego celem działania wybranego Wykonawcy było zaoferowanie konkurencyjnej ceny, to czynność wybranego Konsorcjum - polegająca na zastosowaniu stawki podatku VAT: zwolnione, przy jednoczesnym stworzeniu pozorów, że wybrany Wykonawca jest podmiotem uprawnionym stosować ww. stawkę – powinno skutkować odrzuceniem jego oferty jako obciążonej wadą, o której mowa w ww. przepisie Kodeksu Cywilnego, a nadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

IV. Zarzut rażąco niskiej ceny.

Odwołujący oświadczył, że jest wykonawcą, który przez ostatnie 4 lata wykonywał z należytą starannością usługę sprzątnia, czynności pomocniczych przy pacjencie oraz transportu wewnętrznego na obiektach Zamawiającego, przez co zna specyfikę wymagań Zamawiającego.

Odwołujący zadeklarował, że posiada tym samym wiedzę i doświadczenie w zakresie realnych kosztów oraz poziomu cen jednostkowych, które mają fundamentalny wpływ na

faktyczne wynagrodzenie wykonawcy, bowiem w aktualnej umowie - podobnie jak w obecnie rozstrzygniętym postępowaniu - Zamawiający stosuje rozliczenie miesięczne.

Zwrócił uwagę, że dokumentacja przetargowa wskazuje, iż zostały złożone 2 oferty:

- Oferta 1. złożona przez Konsorcjum firm: S4H Sp. z o.o., ul. Zientary Malewskiej 24B, 10-302 Olsztyn i Medicare Services Sp. z o.o., ul. Artyleryjska 3H, 10-165 Olsztyn - z ceną 15.952 489,92 zł brutto, tj. 443 124,72 zł brutto / miesięcznie,
- Oferta 2. złożona przez Konsorcjum firm: Impel System Sp. z o.o., ul. Służna 118, 53-111 Wrocław, Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Służna 118, 53-111 Wrocław; Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. k., ul. Służna 118, 53-111 Wrocław; Ars Medica Sp. z o.o., ul. Służna 118, 53-111 Wrocław - z ceną 17.965 875,32 zł brutto.

Zaznaczył, że zgodnie z informacją z otwarcia ofert Zamawiający wskazał kwotę brutto jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 12 386 228,58 zł brutto, szacowana wartość miesięczna zamówienia wynosi 344 061,90 zł brutto.

Odwołujący podał również, że obecna usługa wykonywana u Zamawiającego przez obecnego wykonawcę wynosi: 462 339,26 zł brutto.

Odwołujący wyraził wątpliwość - jak wobec tego usługa tożsama z tą która jest obecnie wykonywana ma kosztować mniej niż obecnie, podczas zwiększenia kosztów pracowniczych, oraz zwiększających się materiałów kosztotwórczych, takich jak: park technologiczny konieczny do wykonania prawidłowej usługi, zakup środków chemicznych, dezynfekcyjnych czy zmienionych wymogów wg zapisów w SIWZ.

Przedstawił na tą okoliczność zestawienie kosztowe zgodne z wymaganiami SIWZ Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że realizacja zamówienia za cenę ofertową jest nierealna w aktualnych warunkach rynkowych tego rodzaju usług oraz przy zachowaniu wymogów określonych w SIWZ.

W świetle powyższego wyraził przekonanie, iż zaproponowanie przez Wykonawcę ceny ofertowej przesądza jednoznacznie i bezspornie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i nie obejmuje wszystkich kosztów wykonania zamówienia, a nadto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż wynagrodzenia tego Wykonawcy zostało już w jego podstawowym elemencie tj. w kosztach osobowych skalkulowane poniżej rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - cena ofertowa jest zatem niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, cen rynkowych podobnych zamówień, jak również kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że oferta wybranego Wykonawcy winna zostać również odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz oferta zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Deklaracja Wykonawcy w zakresie realizacji niniejszego zamówienia za powyższą cenę – według Odwołującego - grozi Zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Wskazał, że przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Dalej wywodził, że jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Wybór przez Zamawiającego w/w oferty całkowicie świadczy o braku poszanowania prawa, obowiązujących reguł i mechanizmów oraz zasad, które Zamawiający sam ustalił.

Argumentował również, że powyższe dane wskazują, że cena ofertowa wybranego Wykonawcy - przy zachowaniu wszystkich warunków przewidzianych w SIWZ - jest niemożliwa do osiągnięcia, a tym samym stanowi cenę rażąco niską w rozumieniu przepisów

ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że cena ofertowa nie może być wytłumaczona przez Wybranego Wykonawcę otrzymywanym dofinansowaniem do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych, bowiem zadeklarowanie otrzymywania ww. dofinansowania w żaden sposób nie oznacza, że pomoc publiczna została przyznana Wybranemu wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia dla osób wskazanych do wykonania ww. usług okresowych.

Zdaniem Odwołującego - nie można uzasadniać niskich kosztów pracy zarówno pomocą publiczną, która została udzielona dla osób zatrudnionych do realizacji innych umów niż umowa w sprawie niniejszego zamówienia, jak i zamiarem ubiegania się o taką pomoc.

Odwołujący postawił tezę, iż wyliczenia wybranego wykonawcy opierają się na gołosłownych oświadczeniach o wysokości dofinansowań, które nie odzwierciedlają stanu rzeczywistego przy realizacji obecnej umowy. Tym samym wyjaśnienia w tym zakresie są pozbawione dowodów, niewiarygodne i nie powinny zostać uwzględnione przez Zamawiającego.

Analiza Odwołującego wymogów SIWZ wskazuje, że wyłoniony wykonawca powinien na dzień składania ofert dysponować wymaganą liczbą etatów, tj. 124,5 etatami, co też poparte jest wymogami ustawy Pzp, podczas gdy wybrany Wykonawca nie dysponuje wymaganymi zasobami personalnymi, licząc na wykorzystanie osób aktualnie zatrudnionych u Odwołującego, będącego obecnym wykonawcą usługi.

W ocenie Odwołującego - jest to ryzykowna strategia, z uwagi na to, że ww. personel zostanie przekierowany na inne kontrakty obsługiwane przez Odwołującego w Olsztynie, przez co rodzi się ryzyko niewykonania zadań i zagrożenia epidemiologicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje oraz dane zawarte w załącznikach, bez wątplenia według zapatrywania Odwołującego wartości zaoferowane przez wybranego wykonawcę są nierealistyczne, mające niewątpliwie znamię niedoszacowanej wyceny usługi.

A co za tym idzie, takie skalkulowanie przedmiotu zamówienia uniemożliwia bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zadania zgodnie z zapisami i jasno określonymi minimalnymi wymogami Zamawiającego zawartymi w SIWZ.

Odwołujący stanął na stanowisku, że przedstawiona przez konkurenta cena z uwagi

na brak jakichkolwiek czynników wpływających na ich „okazyjność” oraz ze względu rzeczywistą wartość rynkową umów o przedmiotowe zamówienie, skalkulowana została poniżej kosztów wykonywania przedmiotowych usług.

Odwołujący nadto wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Przekonywał, że zaoferowane przez ww. Wykonawców ceny za realizację zamówienia w zakresie zadania nr 1 są rażąco niskie i stanowią de facto sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, iż przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240), gdzie przedstawiono następujące stanowisko m.in.: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji”.

Ostatecznie Odwołujący stwierdził, że oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich

wytworzenia (cena dumpingowa do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 25 września 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S4H Sp. z o.o. ul. Zientary Malewskiej 24 B, 10-302 Olsztyn i Medicare Services Sp. z o.o., ul. Artyleryjska 3 H. 10-165 Olsztyn zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwany dalej uczestnikiem.

Pismem z dnia 7 października 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S4H Sp. z o.o. ul. Zientary Malewskiej 24 B, 10-302 Olsztyn i Medicare Services Sp. z o.o., ul. Artyleryjska 3 H. 10-165 Olsztyn, odpowiedzi Zamawiającego z dnia 7 października 2019r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła uznać za bezskuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S4H Sp. z o.o. ul. Zientary Malewskiej 24 B, 10-302 Olsztyn i Medicare Services Sp. z o.o., ul. Artyleryjska 3 H. 10-165 Olsztyn na zasadzie art.185 ust.2 zd.2 ustawy Pzp z powodu nieudowodnienia przez tych wykonawców przesłania Odwołującemu kopii odwołania.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach

Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.26 ust.1 pkt 12, art.26 ust.3, art.87 ust.1, art.89 ust.1 pkt 1, 2, 4, 6, 8, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia uczestnika z postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, do jej bezpośredniego odrzucenia z powodu nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów, sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, a także z tego względu, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu i zawiera rażąco niską cenę.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Izba uznała, że warunek opisany w rozdziale V. 1.2 SIWZ dotyczył jedynie usług sprzątanía, które uczestnik wykazał.

Stosownie do powołanego wyżej postanowienia SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim zostały określone przez zamawiającego i dotyczą: zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał należycie co najmniej 2 usługi, które odpowiadają rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia tj. polegają na usłudze sprzątanía o wartości nie mniejszej niż 800 000,00 zł. Wykaz winien obejmować usługi, które rozpoczęły się nie wcześniej niż 3 lata przed terminem składania ofert.

W ocenie Izby warunek ten zgodnie z jego treścią został zawężony do usługi sprzątanía. Sformułowanie zawarte w tym postanowieniu SIWZ wskazuje, że ograniczenie zakresu rodzaju świadczenia zostało zastrzeżone jedynie do usług sprzątanía.

Z powyższych względów, Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Jednocześnie w takim przypadku, jeżeli załączony przez uczestnika wykaz wraz referencjami potwierdził spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, to Zamawiający nie był zobowiązany do skorzystania z przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył

oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego dotyczącej zarzutu nr 2 - błędu w obliczeniu ceny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale XII SIWZ dokonał opisu sposobu obliczenia ceny w następujący sposób:

1. Cena lub koszt oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli występuje.
2. Cena lub koszt podana w ofercie powinna obejmować wszystkie elementy związane z wykonaniem zamówienia / oferowanych części zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego.
3. Cena lub koszt może być tylko jedna za oferowany przedmiot zamówienia, nie dopuszcza się wariantowości cen.

Izba stwierdziła również, że uczestnik i Odwołujący w zaoferowanej cenie w zakresie czynności pomocniczych przy pacjencie, transport wewnątrz szpitala, transport pacjentów oraz pomoc przy transporcie pacjenta, zadeklarowali stawkę VAT – zw.

Podobną stawkę jako przykładową Zamawiający określił w formularzu cenowym – załącznik nr 3.

Biorąc za podstawę powyższe ustalenia faktyczne - zdaniem Izby – Odwołujący nie udowodnił, że stawka podatku VAT podana w ofercie przez uczestnika została określona w sposób nieprawidłowy.

Według Izby - należało przyjąć, że sporna usługa pomocnicza na zasadzie art.43 ust.1 pkt 18a) ustawy o VAT stanowi świadczenie usług ściśle związanych z usługą w zakresie opieki medycznej, służącą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, która będzie świadczona na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza.

Wobec tego status podmiotu leczniczego w tym przypadku nie jest obligatoryjny.

Niemniej, wymaga wskazania, że Zamawiający w SIWZ nie żądał od wykonawców wykazania się szczególnymi uprawnieniami, o których mowa w art.22 ust.1b pkt 1 ustawy Pzp, w tym nie wymagał załączenia do oferty wpisu do Rejestru Podmiotów Leczniczych.

Niezależnie od powyższego, Izba nie może wykluczyć sytuacji, że w chwili rozpoczęcia świadczenia uczestnik taki wpis uzyska i będzie potraktowany – jak chce Odwołujący - jako podmiot leczniczy.

Z tych wszystkich względów Izba nie mogła dopatrzeć się błędu w obliczeniu ceny w ofercie uczestnika.

W zakresie zarzutu nr 3, Izba nie stwierdziła również nieważności oferty na podstawie ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej czy art.58 kodeksu cywilnego, bowiem Zamawiający nie żądał na mocy SIWZ od wykonawców prowadzenia działalności leczniczej, a co za tym idzie nie żądał wpisu do Rejestru Podmiotów Leczniczych.

W ocenie Izby - Odwołujący nie udowodnił, że pomocniczy zakres świadczenia usługi będzie wymagał szczególnych uprawnień wynikających z cyt. wyżej ustawy o działalności leczniczej.

W szczególności nie może tego przesądzać treść wyjaśnień Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2019 r., gdzie na pytanie nr 59 czy Zamawiający dopuści zamiast sanitariuszy medycznych opiekunów medycznych? udzielono odpowiedzi: Zamawiający dopuszcza możliwość wykonania usługi przez opiekunów medycznych zamiast sanitariuszy medycznych.

Powyższa treść obok sanitariuszy medycznych, dopuszcza również do wykonania czynności pomocowych (transport pacjentów, podawanie basenów i kaczek, itp.) opiekunów medycznych(np. pielęgniarek) przy czym, jeżeli chodzi o tych pierwszych, to wykonawca, który posługuje się takimi osobami nie musi – zdaniem Izby - mieć statusu podmiotu leczniczego.

Jednocześnie na rozprawie sam pełnomocnik Odwołującego przyznał, że w treści SIWZ nie ma zastrzeżenia posiadania zawodu medycznego wymagającego rejestracji.

Wymaga również wskazania, że powyższe czynności pomocowe – według zapatrywania Izby – mają charakter jedynie materialno – techniczny i są wykonywane pod kierunkiem wykwalifikowanego personelu medycznego Zamawiającego.

Zarzut nr 4 dotyczący rażąco niskiej ceny również nie potwierdził się z powodu niewykazania przez Odwołującego wystąpienia przesłanek do wszczęcia procedury, o której mowa w art.90 ust.1 ustawy Pzp.

W zakresie tego zarzutu, Izba ustaliła, że złożono dwie oferty: uczestnik złożył ofertę z ceną 15 952 489,92 zł brutto, zaś Odwołujący przewidział cenę w kwocie 17 965 193,04 zł brutto, przy czym Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia kwotę w wysokości 12 386 228,58 zł.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że wskazane relacje cenowe i wartościowe nie potwierdzają, że cena całkowita oferty jest niższa o 30% w stosunku do wartości zamówienia i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zgodnie z art.90 ust.1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Natomiast, art.90 ust.1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W rozpoznawanej sprawie, obok braku przewidzianych w tym przepisie granicznych relacji wartościowych, nie zaistniała również – w przekonaniu Izby - przesłanka powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości, co złożenia przez uczestnika oferty z rażąco niską ceną, niegwarantującą należytego wykonania umowy, a wobec tego brak było podstawy prawnej do uruchomienia tego przepisu.

W konsekwencji, jeżeli złożona oferta ma charakter rynkowy i nie zawiera rażąco niskiej ceny, to nie można powiedzieć, że stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji.

Powyższego poglądu Izby nie zmieniają kalkulacje Odwołującego, które mogą co najwyżej ilustrować koszty jakie ponosi on sam w związku z planowaną realizacją przedmiotowego zamówienia.

Oceniając, zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba postanowiła oddalić pliki kopii dokumentów złożonych przez Odwołującego, jako niezwiązanych ze sprawą.

Ostatecznie, przytoczone wyżej ustalenia i zważenia Izby doprowadziły do jednoznacznego wniosku, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania art.89 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;

6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....