

Wrocław, dnia 20 września 2019 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

Lider: 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

**Zamawiający:**

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny

ul. Żołnierska 18; 10 – 561 Olsztyn

**ODWOŁANIE**

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2018.1986 t.j. z dnia 2018.10.16) składamy odwołanie wobec czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Usługa sprzątkania, czynności pomocniczych przy pacjencie i transportu wewnętrznego*” (znak postępowania DZPZ/333/12UEPN/2019).

**I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 135-332890 z dnia 16 lipca 2019 roku.
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Usługa sprzątkania, czynności pomocniczych przy pacjencie i transportu wewnętrznego.*

**II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz udzielenie zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 2) art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wybranego Wykonawcy mimo, że ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych 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 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 Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta wybranego Wykonawcy nie jest rażąco niska;
- 11) art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania a nadto oferty podlegającej odrzuceniu.

### **III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:**

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi 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.

#### **IV. Wskazanie interesu Odwołującego:**

Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego, jako oferta z najniższą ceną oraz oferta niepodlegająca odrzuceniu złożona przez Wykonawcę niewykluczonego z postępowania będzie ofertą najkorzystniejszą a tym samym Odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia.

### **UZASADNIENIE**

Odwołujący w dniu 11 września 2019 r., powziął informację, że jako najkorzystniejsza w postępowaniu uznana została oferta 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. Jako druga została zakwalifikowana oferta Odwołującego.

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 powyższego, podnosi, że:

#### **I. Warunek udziału w postępowaniu**

Zgodnie z postanowienia siwz (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 sprzątkania 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.*

Przedmiotem zamówienia (III. siwz str. 1 siwz - Opis przedmiotu zamówienia) jest usługa sprzątania, czynności pomocniczych przy pacjencie i transportu wewnętrznego. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:

- a) sprzątanie 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

Tym samym na przedmiot zamówienia składają się zasadniczo dwa rodzaje świadczeń tj. czynności sprzątania 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

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 wskazuje, 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

Przedsiębiorcę 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 doświadczenie medyczne, tj. wymaga zatrudnienia sanitariuszy):
- b) asysta przy przemieszczaniu się pacjentów
- c) czynności pomocowe przy pacjencie.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, 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. 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 daleko idącej ostrożności wskazuje, że ww. warunek udziału w postępowaniu nie dotyczy i nie zamyka się wyłącznie do dowolnych usług sprzątnia. 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. Zamawiający w treści ww. warunku jednoznacznie wskazał, że doświadczenie wymagane od Wykonawcy musi odpowiadać rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. 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 wskazuje, 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. Przyjmując, iż określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję", należy także, mieć na uwadze, iż nie tylko nie mogą one być zbyt wygórowane, ale też nie*

*mogą być zbyt niskie. W każdym bowiem takim przypadku mogłyby naruszać uczciwą konkurencję. W pierwszym przypadku przez nadmierne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, natomiast w drugim przypadku, przez nadmierne rozszerzenie kręgu wykonawców, także o takich, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia, z uwagi na to, iż np. nie mają wystarczającego doświadczenia, rozumianego jako umiejętność zdobyta i ugruntowana w praktyce, aby przyjąć, iż dają rękojmię należytego wykonania zamówienia (KIO z dnia 6 lutego 2018 r. sygn. akt.: KIO 127/18).*

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, 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 adekwatne lub rodzajowo proporcjonalne z przedmiotem zamówienia a w konsekwencji nie odpowiada warunkowi w postępowaniu. Odwołujący podkreśla, że wykazane doświadczenie wybranego Wykonawcy dotyczy wyłącznie usług porządkowych. Warunek udziału w postępowaniu wymaga natomiast od wykonawcy kompleksowego doświadczenia w usługach sprzątnia obejmujących również usługi pomocy przy pacjencie, w tym transport pacjenta. Odwołujący wskazuje, że dla odczytania treści ww. warunku jest przy tym obojętne, że wartość usług powinna być wykazana wyłącznie dla usług sprzątnia. Odwołujący zaznacza, 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. Wskazane pojęcie jest więc istotne dla oceny spełniania warunku przy wykonawcę. Wobec powyższego 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 doświadczenia wybranego Wykonawcy nie dotyczy i nie obejmuje usług pomocy przy pacjencie to jako takie nie odpowiada wymogom pierwszej części warunku i jest niezgodne z rodzajem usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia. 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. Błąd w obliczeniu ceny**

Wybrany Wykonawca do obliczenia ceny zastosowała dla czynności pomocowych przy pacjencie stawkę podatku VAT: zw. Stawka ta jest szczególną stawką podatku VAT o charakterze przedmiotowo-

podmiotowym a jej zastosowanie jest możliwe wyłącznie w przypadku zaistnienia okoliczności określonych ustawą o VAT. 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. Wybrany Wykonawca zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami na dzień składania ofert nie posiadał wpisu do Rejestru Podmiotów Leczniczych, który to wpis jest niezbędny dla wykonywania działalności uprawniającej do stosowania ww. zwolnienia. 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 podnosi, 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.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 18a ustawy o podatku od towarów i usług 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)*. 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. Z powyższego wynika, zgodnie z Interpretacją ogólną Nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r. (interpretacja w załączeniu), 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.

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. Wobec bowiem 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.



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. Analogicznie pojęcie to rozumie również Naczelny Sąd Administracyjny. 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 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.

Przepis art. 43 ust. 18a ustawy o podatku od towarów i usług w sposób jasny 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). 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 związanych. 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 sprzątające lub cateringowe) nie będą mogły z przedmiotowego zwolnienia korzystać.

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.

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".

Skoro 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.

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 extentendae*. 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 zaś 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 wprost 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, 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.

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 Prawo zamówień publicznych, którego wystąpienie obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że przez błąd w obliczeniu ceny, o którym stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy rozumieć w szczególności obliczenie ceny dokonane merytorycznie w sposób niezgodny z wymogami określonymi w przepisach prawa. Błędem takim, jak wynika z ukształtowanej linii orzeczniczej Izby oraz Sądu Najwyższego, jest zastosowanie błędnej stawki podatku VAT w sytuacji, gdy zamawiający żądał od wykonawców obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem prawidłowo ustalonego VAT (uchwały SN z 20 października 2011 r.).

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 Prawo zamówień publicznych. Niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w rozdziale siwz "Opis sposobu obliczenia ceny" zawarł jednoznaczny wymóg, aby cena obejmowała wszystkie czynniki wpływające na jej wysokość, w tym podatek VAT. 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. Niezgodność treści oferty wybranego Wykonawcy z treścią siwz przejawia

się zatem w sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z postanowieniami ww. rozdziału siwz, a niezgodność ta ma charakter nieusuwalny i dotyczy merytorycznej treści oferty.

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 Prawo zamówień publicznych, ale również przesłanki opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **III. Nieważność oferty na podstawie innych przepisów**

Odwołujący podnosi, że zgodnie z postanowieniami siwz, usługa, której dotyczy zamówienie ma charakter złożony i obejmuje dwa zasadnicze świadczenia tj. usługę sprzątaną oraz usługę pomocy przy pacjencie wraz z transportem pacjenta. Zgodnie z obowiązującym prawem usługa porządkowo – czystościowa nie wymaga legitymowania się przez wykonawcę uprawnieniami lub zezwoleniami. Czynności pomocowe przy pacjencie z uwagi na ich kwalifikowany charakter wymagają ich realizacji przez pomiot profesjonalnie trudniący się działalnością leczniczą. 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 (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 może być realizowana wyłącznie przez podmiot leczniczy. Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami tj. na podstawie jawnego wpisu do Rejestru Podmiotów Leczniczych, Odwołujący podnosi, że wybrany Wykonawca nie posiada wymaganych prawem uprawnień do realizacji zamówienia. Wobec powyższego Odwołujący wskazuje,

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 wskazuje, że zgodnie z informacją zawartą w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia nr 500267971-N-2018 z dnia 08.11.2018 r. zamieszczoną na wniosek SPZOZ w Świdniku (ogłoszenie w załączeniu) 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. Zgodnie z przywołanym ogłoszeniem, podstawą wypowiedzenia ww. kontraktu było m.in.: *Zamawiający stwierdził znaczne usterki i uchybienia w wykonaniu przedmiotu umowy. Zamawiający w trybie par. 3 ust. 3 ww. umowy trzykrotnie wzywał Wykonawcę do usunięcia usterek i uchybień. Szczegółowy opis stwierdzonych uchybień i usterek zawarty został w notatkach służbowych spisanych przez personel Szpitala. Wykonawca nie usunął i nie poprawił usterek oraz uchybień zgłaszanych Wykonawcy w trybie par. 3 ust. 3 umowy. W konsekwencji o zaistniałej sytuacji poinformowana została Powiatowa Stacja Sanitarno – Epidemiologiczna, która w trybie natychmiastowym wszczęła kontrolę stanu sanitarno – epidemiologicznego Szpitala. W wykonywaniu usługi sprzątkania przez ww. konsorcjum form, Zamawiający stwierdził nieprawidłowości, które stwarzały bezpośrednie zagrożenia dla życia i zdrowia pacjentów i realnie wstrzymywały świadczenie usług medycznych przez Szpital ze względów epidemiologicznych (...)*.

Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, 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 podkreśla, 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 Leczniczych; 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 podkreśla, 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. Lider wybranego Konsorcjum S4H sp. z o.o. - istnieje wprawdzie dłużej na rynku, ale doświadczenia innych Zamawiających (patrz: powyżej przytoczone wypowiedzenie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy przez SPZOZ Świdnik) potwierdzają, że jest podmiotem niewiarygodnym i nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi 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 zaznacza, 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 wskazuje, 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 podkreśla, że opis działalności zawarty w KRS nie stanowi według prawa podstawy do zakwalifikowania przedsiębiorcy do podmiotów leczniczych. 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 nieprzystługujące mu zwolnienie VAT. Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, 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 podkreśla 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 celem działania wybranego Wykonawcy było zaoferowanie konkurencyjnej ceny, to w ocenie Odwołującego czynność wybranego Konsorcjum - polegająca na zastosowaniu stawki podatku VAT: zwolnione, przy jednoczesnym stworzeniu pozorów, że wybrany Wykonawca jest podmiotem uprawnionym stosować ww. stawkę - skutkuje odrzuceniem jego oferty jako obciążonej wadą o której mowa w ww. przepisie KC a nadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

#### IV. **Rażąco niska cena**

Odwołujący 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 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 rozliczanej miesięczne. 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. 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 53-111 Wrocław - z ceną 17.965 875,32 zł brutto

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.

Należy zaznaczyć, iż obecna usługa wykonywana u Zamawiającego przez obecnego wykonawcę wynosi: 462 339,26 zł brutto

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 (w załączeniu zestawienia kosztowe zgodne z wymaganiami SIWZ Zamawiającego)

Odwołujący wskazuje, 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 wskazać należy, 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. 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 stwierdza, 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 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.). 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. 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.



Powyższe dane jednoznacznie 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 pzp. Jakkolwiek w przepisach pzp brak jest legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, tym niemniej z bogatego oraz ugruntowanego orzecznictwa KIO jednoznacznie wynika, iż jako cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć cenę odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, która nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat finansowych, zamówienie to wykonać. Innymi słowy, cena rażąco niska to cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Tym samym nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Odwołujący pozwala sobie również zaznaczyć, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO przyjmuje się, że „ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.” (sygn. akt: KIO 560/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r.). Ponadto, innym czynnikiem pozwalającym klasyfikować zaoferowaną przez ww. Wykonawców cenę jako rażąco niską jest „cena (...) która uniemożliwia realizację zamówienia. (sygn. akt: KIO 676/12 z dnia 20 kwietnia 2012 r.).

Odwołujący wskazuje, że cena ofertowa nie może być wytłumaczona przez Wybranego Wykonawcę otrzymywanym dofinansowaniem do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Zadeklarowanie otrzymywanie 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. Ponadto zgodnie z opinią prawną UZP pn. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”- „wykonawca może uzasadniając niskie koszty pracy pomocą publiczną, która została mu przyznana, a nie zamiarem ubiegania się o taką pomoc. Jedynie w takim przypadku możliwe jest bowiem definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników, względem których przyznawane jest dofinansowanie, a informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny czy cena lub koszt są rażąco niskie”. Wobec powyższego 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 stawia 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 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.

Wybrany Wykonawca nie dysponuje wymaganymi zasobami personalnymi, licząc na wykorzystanie osób aktualnie zatrudnionych u Odwołującego, będącego obecnym wykonawcą usługi. Jest to ryzykowna strategia, z uwagi na to, że ww. personel zostanie przekierowany na inne kontrakty obsługiwane przez Odwołującego w Olsztynie, przez co rodzi ryzyko niewykonania zadań i zagrożenia epidemiologicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje oraz dane zawarte w załącznikach, bez wątplenia w ocenie Odwołującego wartości zaoferowane przez wybranego wykonawcę są nierealistyczne, mające niewątpliwie znamię niedoszacowanej wyceny usługi. Takie skalkulowanie przedmiotu zamówienia uniemożliwia bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zadania zgodnie z zapisami i jasno określonymi minimalnymi wymogami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wskazuje ponadto, że przedstawiona cena przez 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; 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 wskazuje, 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. Zaoferowane przez ww. Wykonawców ceny za realizację zamówienia w zakresie zadania nr 1 są zdaniem Odwołującego 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 podkreśla, 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). W opinii tej UOKiK napisał 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 utrudnieniem 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". 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.

Wobec powyższego wnoszę jak we wstępie.

Z poważaniem,