

WYROK
z dnia 23 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Sylwester Kuchnio
Luiza Łamejko

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: NIRO Sp. z o.o., ALTER Sp. z o.o., ORIN Sp. z o.o., NIOPRIM Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51 – 124 Wrocław** przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Izan+ Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o., Medassist Sp. z o.o., Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i nakazuje:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:**

1

DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Hospital Service „Company” Sp. z o.o.Sp.k., Impel Cleaninag Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;

- 1.3. odtajnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica**, złożonych w dniu 14 października 2014 r. w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
 - 1.4. W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie oddala.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez
się o wykonawców wspólnie ubiegających udzielenie

zamówienia

**Konsorcjum: NIRO Sp. z o.o., ALTER Sp. z o.o., ORIN Sp. z o.o.,
NIROPRIM Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59 – 300 Lubin** tytułem wpisu od
odwołania

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
**Konsorcjum: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o.,
DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny
5e, 59-220 Legnica** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o
udzielenie zamówienia **Konsorcjum: NIRO Sp. z o.o., ALTER Sp. z o.o.,
ORIN Sp. z o.o., NIROPRIM Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin**
kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero
groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz
zastępstwa prawnego.

2

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

3

Sygn. akt: KIO 222/15

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o
udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa „kompleksowego
*utrzymania czystości, wykonywanie dezynfekcji oraz usługa transportu wewnątrzszpitalnego
w pomieszczeniach budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu*”.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w
dniu 20 sierpnia 2014 r. pod numerem 2014/S 158-284640.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Spółka z o.o., DGP
DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Dersław”) pomimo, że
Konsorcjum to nie przedłużyło ważności wadium na cały okres związania ofertą;
- 2) zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie
zamówienia: Hospital Service „COMPANY” sp. z o.o. sp.k. oraz Impel Cleaning sp. z
o.o. (dalej „Konsorcjum Impel”), pomimo że konsorcjum to nie przedłużyło ważności
wadium na cały okres związania ofertą;
- 3) zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia: Izan+ p. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o., Medassist sp. z o.o. (dalej
„Konsorcjum Izan”) pomimo, że Konsorcjum to nie przedłużyło terminu związania
ofertą na żądany przez Zamawiającego okres 60 dni, konsekwentnie więc nie
przedłużyło również ważności wadium na cały wymagany okres;
- 4) zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Dersław pomimo, że jej treść jest
niezgodna z treścią odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej
„SIWZ”);
- 5) zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Dersław pomimo, że zawiera ona błąd w
obliczeniu ceny;

- 6) zaniechanie odtajnienia wyjaśnień elementów cenotwórczych w ofercie Konsorcjum Derśław pomimo, że wyjaśnienia te ze swej natury co najmniej w części nie mogą zawierać tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 7) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Derśław pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę;
- 8) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Derśław pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

4

Wskazując na powyższe naruszenia Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wyliczania, do kiedy wykonawcy zobowiązali się pozostawać związani ofertą oraz czy zabezpieczyli ofertę wadium na cały okres związania ofertą, przez co Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum Derśław, Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Izan, choć wykonawcy ci nie zastosowali się do żądania Zamawiającego i nie przedłużyli terminu związania ofertą o 60 dni z równoczesnym przedłużeniem ważności wadium na cały okres związania ofertą;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do ocenienia rozbieżności pomiędzy sposobem obliczenia ceny przedstawionym w ofercie Konsorcjum Derśław a sposobem obliczenia ceny przyjętym przez pozostałych wykonawców, przez co Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Derśław, choć zawiera ona błąd w obliczeniu ceny;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do stwierdzenia niezgodności pomiędzy przedstawionym w SIWZ sposobem obliczenia ceny a sposobem obliczenia ceny przyjętym przez Konsorcjum Derśław, przez co Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Derśław, choć jest ona niezgodna z treścią SIWZ;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do zbadania, czy informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Derśław faktycznie spełniają warunki tajemnicy przedsiębiorstwa, przez co Zamawiający zaniechał ujawnienia wyjaśnień elementów cenotwórczych, mających wpływ na wysokość ceny Konsorcjum Derśław, bezprawnie ograniczając wykonawcom dostęp do informacji jawnych;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do należytej oceny wyjaśnień przedstawionych przez Konsorcjum Derśław pomimo, że w piśmie tym brakuje wyjaśnienia elementów wskazanych poniżej w treści uzasadnienia, które faktycznie

5

stanowią elementy cenotwórcze;

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do stwierdzenia, iż usiłowanie zdobycia zamówienia przez Konsorcjum Derśław poprzez złożenie oferty z ceną rażąco niską stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przez co Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Derśław, choć jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenia wykonawców Konsorcjum Derśław, Konsorcjum Impel i Konsorcjum Izan na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Derśław na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 6 ustawy Pzp;
3. umożliwienia Odwołującemu dokonania wglądu w dokumentację postępowania, z uwzględnieniem wyjaśnień Konsorcjum Derśław z dnia 14 października 2014 r., dotyczących elementów cenotwórczych zaoferowanej ceny;
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że przedmiotem postępowania jest kompleksowa usługa utrzymania czystości, wykonywania dezynfekcji oraz usługa transportu wewnątrzszpitalnego w pomieszczeniach budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu położonych w przy ul. H. Kamieńskiego 73a, przy ul. Poświęckiej 8, a także w budynkach osiedla przyszpitalnego przy ul. Jutrosińskiej 17-36 we Wrocławiu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 8 do SIWZ.

Wykonawca zobowiązany jest wykonywać usługi będące przedmiotem zamówienia własnymi środkami higienicznymi i czystości, przy użyciu własnego sprzętu i urządzeń. W szczególności Wykonawca dysponować powinien środkami transportu w ilości i o nośności pozwalającymi wykonywać usługę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Oferowane przez Wykonawcę technologie i rozwiązania organizacyjne nie mogą pogarszać dotychczasowych standardów usług stosowanych przez Zamawiającego. Zastosowane przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia materiały i urządzenia muszą posiadać certyfikaty dopuszczające je do obrotu i używania oraz odpowiadać obowiązującym normom, jeśli takie są wymagane.

6

Zamawiający poinformował, że do usługi transportu wewnątrzszpitalnego zaliczył również usługi, jakie będzie świadczył Wykonawca przy pacjentach. Usługi pomocnicze przy pacjentach nie powinny przekroczyć 20 % wartości przedmiotu zamówienia.

Wskazanie przez Zamawiającego marki lub nazwy handlowej służyło jedynie ustaleniu standardu, a nie wskazuje na konkretny wyrób lub konkretnego producenta. Oryginalne nazewnictwo lub symbolika podana została w celu prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych przy zachowaniu norm, parametrów i standardów, jakimi charakteryzuje się opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia.

1. Wykluczenie Konsorcjum Derśław, Konsorcjum Impel, Konsorcjum Izan z uwagi na zaniechanie przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni z równoczesnym przedłużeniem ważności wadium na cały okres związania ofertą.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Derśław i Konsorcjum Impel nie zabezpieczyli oferty wadium na cały przedłużony okres związania ofertą, zatem należy wykluczyć tych wykonawców z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z treścią rozdziału XII „Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert” pkt. 2 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli złożyć oferty do godz. 9:00 do dnia 30 września 2014 r. Zaś, zgodnie z rozdziałem XI „Termin związania ofertą” pkt. 1 SIWZ, wykonawca winien zobowiązać się do pozostawiania związanym ofertą przez 60 dni, przy czym bieg terminu związania ofertą rozpoczynał się wraz z upływem terminu składania ofert. Zatem, pierwotny termin związania ofertą miał upłynąć 28 listopada 2014 r.

Dalej Odwołujący podał, że z uwagi na wszczęcie w dniu 4 listopada 2014 r. postępowania odwoławczego przez Konsorcjum Derśław, które zostało umorzone postanowieniem z dnia 17 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2309/14, termin związania ofertą uległ zawieszeniu na 12 dni. Zatem, okres związania ofertą zadeklarowany w ofertach mijał w dniu 10 grudnia 2014 r. W dniu 21 listopada 2014 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, równocześnie pouczając wykonawców, że na przedłużony okres związania ofertą należy ustanowić zabezpieczenie wadium. Odwołujący, Konsorcjum Derśław i Konsorcjum Impel przedłużyli okres związania ofertą o 60 dni, zatem okres ten miał się kończyć w dniu 8 lutego 2015 r.

Tak więc, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Derśław i Konsorcjum Impel winni byli wnieść nowe wadium lub przedłużyć ważność poprzedniego wadium do czasu przedłużonego okresu związania ofertą, czyli co najmniej do 8 lutego 2015 r. Tymczasem Konsorcjum Derśław przedłużyło ważność wadium do 31 stycznia 2015 r., natomiast Konsorcjum Impel przedłużyło ważność wadium do 4 lutego 2015 r. Zaś Konsorcjum Izan w ogóle nie

7

zastosowało się do żądania Zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, lecz przedłużyło ten termin o 48 dni, tj. do dnia 27 stycznia 2015 r. Konsekwentnie, nie przedłużyło również ważności wadium do żądanego 8 lutego 2015r, lecz również do 27 stycznia 2015 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zatem, Zamawiający nie był uprawniony do wyboru oferty Konsorcjum Derśław oraz do zaniechania wykluczenia Konsorcjum Impel i Konsorcjum Izan, lecz zobowiązany był do wykluczenia wszystkich tych trzech wykonawców, na podstawie powoływanego przepisu.

Odwołujący podał, że wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie budzi kontrowersji i jest spójnie wykładana, zarówno przez doktrynę jak i orzecznictwo. Przykładowo, w wyroku z dnia 24 czerwca 2013r. ; sygn. akt: KIO 1385/13, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że „w związku z powyższym spełniła się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania opisana w art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu związania ofertą. Nieprawidłowe wniesienie wadium jest bowiem równoznaczne z jego niewniesieniem. W tym zakresie również należy podzielić stanowisko odwołującego - czy też raczej przedstawione w przywołanych przez niego orzeczeniach. Odmienne stanowisko stawiałoby w sytuacji uprzywilejowanej wykonawców, którzy wnosiliby wadium na okres krótszy niż związanie ofertą - nawet na kilka czy kilkanaście dni. Nie ma bowiem reguł, w jaki bowiem sposób należałoby określić, jakie braki w tym zakresie są jeszcze dozwolone, a jakie już nie. W związku z obowiązkiem wykluczenia wykonawcy, zamawiający nie mógł uznać oferty wykonawcy VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. za najkorzystniejszą”. Podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 15 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 492/10: „Podnoszona przez odwołującego argumentacja, iż jego oferta była w sposób ciągły zabezpieczona jest bezpodstawną, albowiem żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie dawał podstaw odwołującemu do przyjęcia, iż może on w każdej chwili, w przypadku wniesienia wadium, na krótszy okres niż termin związania ofertą, uzupełnić wadium na dalszy okres. Istotą wadium jest to, by zabezpieczała ona interesy zamawiającego do dnia zawarcia umowy w przypadku wygrania przetargu w terminie ważności oferty. Przepisy p.z.p. bezwzględnie wymagają, aby oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Udział w postępowaniu wykonawców, których oferty nie są zabezpieczone wadium przez cały okres związania ofertą jest niezgodny z ustawą p.z.p. Z uwagi na szczegółowe uregulowanie instytucji wadium w przepisach p.z.p. w ocenie Izby nie będą tu miały zastosowania przepisy k.c. Z tych względów Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego, iż odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania

8

na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponadto Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.”

Jak podaje Odwołujący, podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 536/11, wskazując: „Powyższe uzasadnia także treść art. 85 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W ocenie Izby ustawodawca ustanowił obowiązek wniesienia wadium na cały okres związania ofertą w sytuacji, gdy dochodzi do jego przedłużenia. W tej sytuacji przyjąć należy, iż obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy nie tylko tych wykonawców, którzy nie przedłużyli w ogóle wadium pomimo przedłużenia terminu związania ofertą, ale też tych, którzy co prawda wadium przedłużyli, ale okres ważności wadium nie objął całego okresu związania ofertą”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że również Sady Okręgowe stoją na stanowisku, że niezabezpieczenie oferty wadium przez cały przedłużony okres związania ofertą - nawet jeśli zabezpieczenie jest krótsze o kilka dni - stanowi o pozbawieniu się przez danego wykonawcę możliwości wykazania się interesem w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący podał, że tak właśnie orzekł Sąd Okręgowy w Kielcach, w wyroku z dnia 19 grudnia 2008 r.; sygn. akt: VII Ga 147/08: „Oferta jego zawierała bowiem drugą co do wysokości cenę w postępowaniu przetargowym. Jedynym kryterium oceny oferty była cena a zatem w następstwie nie odrzucenia oferty Konsorcjum... został on pozbawiony możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Istnienie tak rozumianego interesu prawnego po stronie Konsorcjum wnoszącego skargę jako przesłanka skutecznego korzystania z ochrony prawnej w postaci protestu i odwołania nie budziło wątpliwości. Jednakże w toku postępowania wywołanego wniesieniem skargi wnoszący skargę utracił przymiot wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy w zamówieniach publicznych a tym samym nie można uznać, że może doznać uszczerbku jego interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Wykluczeniu z postępowania podlega bowiem wykonawca, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Przesłanka wykluczenia występuje również w sytuacji nie wniesienia przez wykonawcę wadium na przedłużony okres związania ofertą to jest w sytuacji, gdy zamawiający działając na podstawie art. 181 ust. 2 a ustawy wystąpi o wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą a wykonawca wadium takiego nie wniesie. Bezsprorna jest między stronami postępowania okoliczność, że termin ustalony na wniesienie nowego wadium upływał w dniu 21 listopada 2008 r. W tej dacie skarżący wysłał polecenie przelewu na kwotę 5.500.000 zł do banku (dowód - k. 191), jednakże kwota ta wpłynęła na rachunek zamawiającego w dniu 24 listopada 2008 r. (dowód: wórník polecenia

9

przelewu - k. 195).

Okoliczność prawidłowego wykonania przez wykonawcę obowiązku wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą podlega ocenie według zasad określonych w art. 454 § 1 zd. 2 kc co oznacza, że spełnienie świadczenia pieniężnego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela a nie dłużnika.

W tym stanie rzeczy nie budzi wątpliwości, że skarżący wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą i podlega wykluczeniu.”

Zdaniem Odwołującego, z przytoczonego orzecznictwa jasno wynika, że termin ważności wadium - zarówno pierwotny, wskazany w ofercie, jak i przedłużony, w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą - każdorazowo winien być co najmniej tak długi, jak sam okres związania ofertą. Ustanowienie wadium na okres krótszy niż okres związania ofertą powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, również ustanowienie przez Konsorcjum I zan terminu związania ofertą i ważności wadium na okres krótszy niż żądany przez Zamawiającego obliguje Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. To Zamawiający bowiem narzuca ilość dni związania ofertą - zarówno w przypadku wskazywania tego okresu w treści SIWZ (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), jak i w przypadku wskazywania tego okresu w wezwaniu do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp). Dopiero jeżeli Zamawiający nie upora się z badaniem i oceną ofert w pierwotnym i przedłużonym terminie związania ofertą, musi liczyć się z tym, że każdy z wykonawców samodzielnie będzie określał okresy związania ofertą, przez co Zamawiający będzie zobowiązany do śledzenia tych okresów odrębnie dla każdego wykonawcy.

Ustawodawca zagwarantował jednak, że w zależności od wartości zamówienia, Zamawiający będzie miał 30 dni + max 60 dni lub 60 dni + max 60 dni lub 90 dni + max 60 dni na dokonanie badania i oceny wszystkich ofert. Dolegliwością zaś, która ma zmobilizować Zamawiających do prężnego badania i oceny ofert jest zaś wspomniany okres po ustawowo obowiązujących wykonawców terminach, kiedy to sami indywidualnie dla własnej oferty przedłużają jej okres związania. Wówczas wykonawca uprawniony jest do przedłużania terminu związania ofertą (z równoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium) co 3 dni na 3 dni. Jednakże na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca nie jest uprawniony do dowolnego określania okresu związania ofertą, lecz jeżeli nadal zainteresowany jest danym zamówieniem publicznym, to zobowiązany jest do wskazania takiego okresu, jaki został

wyznaczony przez Zamawiającego.

2. Odrzucenie oferty Konsorcjum Dersław z uwagi na błąd w cenie oraz jej

10

niezgodność z treścią SIWZ

Zdaniem Odwołującego, korespondencja prowadzona pomiędzy Konsorcjum Dersław oraz Zamawiającym wskazuje, że zastosowana przez Konsorcjum Dersław stawka VAT 23% przy „usługach pomocniczych przy pacjentach” - pomimo wskazania przez Zamawiającego w SIWZ, że zakres ten jest zwolniony z VAT - wynika z przekonania Konsorcjum Dersław, że transport zwłok winien być objęty 23% stawką podatku VAT: „Jednocześnie w załączniku nr 8 do SIWZ zatytułowanym opis przedmiotu zamówienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia na usługę sprzątania, wykonywania dezynfekcji oraz na usługę transportu wewnątrzszpitalnego dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu zwany dalej OPZ, w rozdziale V, pkt. 1 ppkt 1-3 Zamawiający w zakresie czynności pomocniczych przy pacjencie a więc zwolnionych z podatku vat na podstawie art 43 ust. 1 pkt. 18a ustawy o podatku od towarów i usług vat wskazał również transport zwłok (ppkt 3), który zwolnieniu nie podlega, nadając przywołanemu fragmentowi zał. nr 8 następującą treść:”

Odwołujący zwrócił uwagę, że chociaż Zamawiający nie zgadzał się ze stanowiskiem Konsorcjum Dersław i dążył do poprawienia tej niezgodności oferty z treścią SIWZ w ramach tzw. innej omyłki, to jednak w piśmie z dnia 28 stycznia 2015 r. uznał, że oferta ta jest zgodna z SIWZ i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, gdyż wybrał ofertę Konsorcjum Dersław jako ofertę najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że na etapie publikacji SIWZ Konsorcjum Dersław nie kwestionowało, że czynność transportu zwłok została przez Zamawiającego ujęta w czynnościach pracownika transportu wewnątrzszpitalnego, wykonywanych przy obsłudze pacjenta (rozdział V Transport wewnątrzszpitalny, pkt 1, strona 32 i 33 OPZ). Ponadto, podobnie jak pozostałe usługi pomocy przy pacjencie, Zamawiający wskazał, że usługa ta winna być świadczona przez osoby posiadające kwalifikację sanitariusza szpitalnego, co również nie zostało przez Konsorcjum Dersław zaskarżone. Na obecnym etapie Zamawiający nie ma więc prawa - pod pozorem stosowania różnorodnych stawek VAT - kwestionować opisu przedmiotu zamówienia oraz własnych warunków wskazanych dla obliczania ceny. Jeżeli Konsorcjum Dersław nie zgadzało się z takim podziałem usług oraz ze wskazanymi stawkami podatku VAT mogło złożyć odwołanie w stosownym terminie lub chociaż zadać pytanie Zamawiającemu, dlaczego transport zwłok został objęty zwolnieniem z podatku VAT, wskazując równocześnie argumentację przemawiającą za 23% stawką podatku VAT. Czynności takie nie zostały jednak podjęte przez Konsorcjum Dersław, zatem obecnie, opis przedmiotu zamówienia jest obowiązujący dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, lecz również i dla Zamawiającego, który zdaje się zupełnie ignorować własne wytyczne wskazane w SIWZ.

11

W drugiej kolejności Odwołujący wskazał, że „zwłoki” nie są „rzeczą”. Usługa transportu wewnątrzszpitalnego jest objęta 23% stawką podatku VAT, lecz usługa pomocnicza przy pacjentach (w tym usługa transportu pacjenta, jeżeli jest świadczona jako usługa pomocnicza, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu) jest objęta zwolnieniem z VAT, na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2011 Nr 177 poz. 1054; dalej: „ustawa o VAT”). Niezrozumiałe dla Odwołującego jest, dlaczego Zamawiający, w ślad za Konsorcjum Dersław, klasyfikuje „zwłoki” jako „rzecz” (podobnie jak bieliznę czy odpady) i opodatkowuje tę czynność 23% stawką podatku VAT, a nie jako „pacjenta” (czyli osobę zmarłą), stosując stosowne zwolnienie. Abstrahując od rozpatrywania wątpliwości moralnych takiej klasyfikacji, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z § 2 rozporządzenia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi „za zwłoki uważa się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży”. Zaś art. 262 kodeksu karnego penalizuje zbezczeszczenie zwłok, wskazując, że grabież zwłok lub grobu podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat. Skoro zatem do zwłok mogą

przynależeć rzeczy, których osoby trzecie nie mogą zagrabić, to logicznym jest, że same zwłoki rzeczą nie są.

Odwołujący wskazał również, że zastosowana przez Konsorcjum Dersław stawka podatku VAT jest nieprawidłowa, gdyż zgodnie z ustawą o VAT, jeżeli usługa przewozu zmarłych jest usługą główną (a nie pomocniczą, rozliczaną wspólnie z „usługami pomocniczymi przy pacjentach”) to wówczas należny podatek VAT wynosił 8% a nie 23%. Dla rozliczeń podatku VAT od usługi przewóz zwłok osoby zmarłej - niezależnie, czy zostanie usługa ta zaliczona do grupowania PKWiU 96.03. czy też grupowania PKWiU 49.39 - przepisy ustawy o VAT wskazują stawkę 8%. Zgodnie z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT w związku z poz. 180 załącznika nr 3 do tej ustawy, usługi pogrzebowe, wraz z dostawą trumien, urn i utensyliów pogrzebowych dostarczanych wraz z trumną lub urną (PKWiU 96.03) są opodatkowane według stawki 8%. Natomiast, w przypadku świadczenia usług transportu zwłok bez organizacji pogrzebu (świadczenia usług pogrzebowych), urzędy skarbowe kwalifikują tę usługę do kategorii transportu lądowego pasażerskiego, gdzie indziej nieklasyfikowanego, przewidzianych w grupie PKWiU 49.39. Zatem, jakkolwiek by sklasyfikować transport zwłok, świadczony jako usługa główna (a nie usługa pomocnicza, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu), transport zwłok objęty jest 8% stawką podatku VAT, a nie wskazaną przez Konsorcjum Dersław stawką 23%.

W trzeciej kolejności Odwołujący podniósł, że w przypadku świadczenia usługi transportu zwłok łącznie z innymi usługami, polegającymi na pomocy przy pacjencie oraz transporcie wewnątrzszpitalnym, to usługa ta winna zostać sklasyfikowana jako PKWiU 85.14.18-00.00 „Usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej

12

niesklasyfikowane”. Zaś usługi polegające na pomocy przy pacjencie oraz transporcie w obiektach zakładu opieki zdrowotnej w części dotyczącej transportu pacjentów, korzystają ze zwolnienia od podatku VAT, na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT, jako „*usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których prowadzona jest działalność lecznicza.*”

Odwołujący podniósł, że usługa transportu zwłok nie jest odrębną transakcją między wykonawcą a Zamawiającym. Zamawiający w SIWZ, a w ślad za nim wykonawcy, którzy nie zastosowali stawki 8%, słusznie uznali, że wyodrębnianie poszczególnych świadczeń pomocniczych z usługi kompleksowej nie jest zasadne. Zatem, trudno zrozumieć obecne czynności Zamawiającego, które są wprost sprzeczne z jego oświadczeniem, wskazanym w SIWZ. Przepisy prawa nie regulują wprost sytuacji, w której przedmiotem zamówienia jest niejednorodna, kompleksowa usługa, polegająca na podejmowaniu działań, które świadczone odrębnie byłyby przedmiotem różnego opodatkowania. Celem ułatwienia płatnikom VAT klasyfikacji zamówienia złożonego - jako kompleksowego świadczenia podlegającego jednej stawce VAT lub odrębnych świadczeń podlegających odrębnym stawkom, a wykonywanym następnie po sobie - Minister Finansów udzielił w dniu 30 marca 2012 r. interpretacji ogólnej nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279. W interpretacji tej, która dotyczy czynności polegających na dostawie sprzętu medycznego i towarzyszącym tej dostawie czynności adaptacji pomieszczenia, Minister wskazał, że w świetle utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości UE każde świadczenie powinno być, co do zasady, uznawane za odrębne i niezależne (wyrok TS UE w sprawie C-276/09 - *Everything Everywhere Ltd*, pkt 21-24 i przywołane tam orzecznictwo); jednakże transakcja złożona z jednego świadczenia w aspekcie ekonomicznym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Ponadto, Minister Finansów podniósł, że w pewnych okolicznościach, formalnie odrębne transakcje, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem które mogą oddzielnie prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jedną transakcję, jeżeli nie są one od siebie niezależne. Minister Finansów wskazał bowiem, że w ocenie Trybunału Sprawiedliwości UE jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementy, albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (wyrok TS UE w sprawie C-572/07 - *RLRE Tellmer Property sro*, pkt 17). Minister Finansów na tej podstawie uznał więc, że za świadczenia odrębne należy uznać świadczenia wykonywane przez jednego świadczącego na rzecz nabywczy, które mogą być rozdzielone w sposób obiektywnie uzasadniony (tj. które z uwagi na cel jakiemu mają służyć,

Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, świadczenie kompleksowe, stanowiące w istocie jedną usługę, nie powinno być sztucznie dzielone, w związku z czym poszczególne elementy usługi powinny być opodatkowane stawką jednolitą, właściwą dla świadczenia głównego. Konsorcjum Derśław natomiast wycenił usługi transportu zwłok na 0,13% usługi pomocy przy pacjencie. Pozostali oferenci, zgodnie z żądaniem Zamawiającego wskazanym w SIWZ oraz zgodnie z odnośnymi przepisami prawa, zastosowali zwolnienie z VAT. Transport zwłok pacjenta po śmierci jest jednym z etapów pomocy przy obsłudze pacjentów, wykonywanym przez tych samych pracowników, tj. osoby posiadające kwalifikacje sanitariusza szpitalnego. Zgodnie z wskazaną wyżej wykładnią ustawy o VAT, usługa transportu zwłok nie została przez Zamawiającego wyodrębniona jako niezależne świadczenie, co nie zostało przez Konsorcjum Derśław zakwestionowane w stosownym terminie. Zatem, na obecnym etapie, oferta Konsorcjum Derśław jest niezgodna z treścią SIWZ i zawiera błąd w cenie, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 i 6 ustawy Pzp.

3. Zaniechanie ujawnienia treści niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Derśław.

Odwołujący podał, że w dniu 29 stycznia 2015 r. Odwołujący dokonał wglądu w dokumentację postępowania. W wyniku tego wglądu, Odwołujący powziął informację, że Zamawiający zaniechał ujawnienia wyjaśnień Konsorcjum Derśław z dnia 14.10.2014 r., dotyczących elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. W dniu 2 lutego 2015 r. Odwołujący wezwał Zamawiającego do odtajnienia tych wyjaśnień, wskazując, że ich treść nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W dniu 3 lutego 2015 r. Zamawiający odpowiedział, że zbadał treści objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i jego zdaniem, zostały one zastrzeżone zasadnie.

Odwołujący podniósł, że złożone wyjaśnienia, jak można zakładać, nie zawierają szczegółowego uzasadnienia, które wskazywałoby na zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum Derśław w piśmie z dnia 14 października 2014 r. przedstawiło szeroko orzecznictwo sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszące się do zagadnień związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa. Co jednak istotne, pismo to nie zawierało zasadniczego wyjaśnienia, a mianowicie, dlaczego informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny miałyby być w całości uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Derśław poprzestało wyłącznie na stwierdzeniu, że zastrzeżone informacje dotyczą wrażliwych i poufnych danych wykonawcy, w szczególności ceny oraz metod jej kalkulacji, czynników cenotwórczych, cen i upustów oferowanych przez podwykonawców, usługodawców, czy dostawców, źródła dostaw materiałów i urządzeń, czy przewidywanego zysku wykonawcy, których ujawnienie godziłoby

14

w interes wykonawcy. Nadto, Konsorcjum Derśław, poza zasygnalizowaniem kilku okoliczności faktycznych, które zdaniem Konsorcjum Derśław uzasadniały możliwość zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie załączyło do pisma z dnia 14 października 2014 r. żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzać przykładowo fakt, że zastrzegane przez wykonawcę informacje mają dla niego wartość gospodarczą. Pismo to zostało ocenione przez Zamawiającego jako zawierające wystarczające uzasadnienie dla uznania, iż Konsorcjum Derśław w sposób zgodny z prawem zastrzegło wyjaśnienia dotyczące ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z taką oceną Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr. 153 poz. 1503 z późn. zm.; dalej: „ustawa ZNK”), określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki. Do takich wniosków doszedł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05,

wskazując, iż „badanie przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Jak wyżej stwierdzono, przesądzenie skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji uznanych przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 zdanie pierwsze P.z.p., zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie do charakteru (statusu) tych informacji. W razie uznania przez zamawiającego, że zastrzeżone przez oferenta informacje, potwierdzające zarazem spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc, mówiąc w skrócie, w razie stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności takiego zastrzeżenia; powstaje kwestia określenia konsekwencji takiego stanowiska zamawiającego”.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone. Zamawiający ocenił wprawdzie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnienia Konsorcjum Dersław zawarte w piśmie z dnia 14 października 2014 r., jednak ocena tych wyjaśnień była pobieżna. Zamawiający wypełnił więc obowiązek zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tylko w ujęciu formalnym. Merytoryczna ocena wyjaśnień winna była bowiem prowadzić Zamawiającego do wniosku, że Konsorcjum Dersław - poza obszernymi cytataми z orzecznictwa - w

15

zasadzie nie podał żadnych okoliczności właściwych dla niego, które pozwalałyby przyjąć, że dokonane przez Konsorcjum Dersław zastrzeżenie jest zasadne.

Odwołujący podniósł, że nie można przyjąć pewnego automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - z racji wskazania na sposób budowania ceny przez wykonawcę - zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokument nie musi bowiem - a czasami wręcz nie może - podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części.

Krajowa Izba Odwoławcza w swych orzeczeniach wskazuje też, że przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. Konsorcjum Dersław za pewną oczywistość uznaje okoliczność, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może godzić w interes Konsorcjum Dersław. Niemniej w przypadku informacji posiadających wartość gospodarczą wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić. Wobec braku dowodu, że informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną, w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można mówić o ziszczeniu się pierwszej z ww. przesłanek, których spełnienie jest niezbędne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, Konsorcjum Dersław poprzestało na stwierdzeniu, że informacje zastrzegane nie są powszechnie znane, a wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich w poufności, m. in. poprzez zobowiązanie pracowników i współpracowników do zachowania ich w poufności i wdrożenie „korporacyjnych” polityk poufności. Zdaniem Odwołującego, podjęte środki mające na celu zachowanie poufności nie są wystarczające. Konsorcjum Dersław wskazało, że tajemnicą przedsiębiorstwa są dla niego dane o podwykonawcach i dostawcach, gdy jednocześnie nie udowadnia, że podjęło odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje te zachować w poufności. Nadto, informacje te traktuje jako poufne w sytuacji, gdy współpraca z podwykonawcami nie jest informacją mającą wartość gospodarczą, skoro każdy z czterech podmiotów składających ofertę w niniejszym postępowaniu zakładał udział podwykonawców na etapie realizacji zamówienia. Ponadto, podwykonawcy ci zostali wskazani z nazwy w ofertach wykonawców - w przypadku Konsorcjum Dersław podwykonawcą jest Pralnia Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu. Zatem, jedynie pewne elementy ustaleń odnoszących się do zasad współpracy między Konsorcjum Dersław a Pracownią Opole sp. z o.o. mogłyby mieć potencjalnie walor tajemnicy przedsiębiorstwa, niemniej w tym zakresie należałoby w pierwszej kolejności wykazać, że strony faktycznie jako tajemnicę informacje te traktują.

16

Odwołujący podniósł, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach ustawy Pzp. Możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną.

Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy Pzp, spoczywa na Konsorcjum Derśław, które takiego zastrzeżenia dokonało oraz na Zamawiającym, gdyż nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których jawność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, by Konsorcjum Derśław w sposób odpowiedni wykazało, że całość zastrzeganych przez Konsorcjum Derśław informacji ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum Derśław jest zasadne.

Odwołujący wskazał, że powyższe stanowisko dotyczące konieczności wnikliwego badania przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji oraz ścisłego wykładania zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oparte jest na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2185/14, Izba orzekła: „w ocenie Izby poziom ogólności wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Salini nie pozwala uznać ich całości za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wskazał - w odniesieniu do pełnej treści wyjaśnień - konkretnych okoliczności pozwalających uznać poszczególne informacje za mające wartość gospodarczą. Tymczasem to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tych informacji. Zdaniem Izby, w zdecydowanej większości treść tych wyjaśnień takich informacji nie zawiera, zwłaszcza, że wyjaśnienia w dużej części cechują się znaczną ogólnością. (...) Nie można zgodzić się z Przystępującym, że ponieważ wyjaśnienia stanowią określoną ciągłość, to zasadne jest ich utajnienie w całości. Jak bowiem wskazano powyżej, brak jawności dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wyjątkiem od zasady i nie może być stosowany rozszerzająco. Utajnienie wyjaśnień, w których w niewielkim tylko zakresie pojawiają się dane zasługujące na ochronę, jest niezgodne z przepisami ustawy. W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Salini, z wyjątkiem załączników do tych wyjaśnień, nazw kontrahentów oraz innych danych, które tych kontrahentów identyfikują”. Podobnie w wyroku z dnia 14 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2277/14, gdzie Izba orzekła, że „(...) Przystępujący nie wykazał, dlaczego akurat statystyka dotycząca połączeń wykonywanych przez klientów biznesowych stanowi wartość gospodarczą, której ujawnienie może narazić przedsiębiorcę na szkodę. Przystępujący nie uzasadnił, na czym polega wartość gospodarcza tych informacji. Podobnie, w odniesieniu do

17

informacji o możliwym do osiągnięcia zysku, Przystępujący nie wykazał istnienia ustawowych przesłanek wyłączenia jawności i nie przedstawił uzasadnienia swojego stanowiska”.

Odwołujący podał, że szczególnie adekwatne do sytuacji występującej w postępowaniu jest orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2360/14, w którym Izba orzekła „wyjaśniając powyższe stwierdzenie, że żadna z informacji w tym piśmie nie ma wartości gospodarczej, Izba wywodzi to z faktu, że przystępujący nie wyjaśnił, na czym polega wartość gospodarcza tych informacji a tym bardziej, że przyznał w piśmie z dnia 23 października 2014 r., że kwoty, liczby, dane stanowiące o kalkulacji ceny zmieniają się w każdym kolejnym postępowaniu. Czyli zastrzeżone informacje w postaci liczb, danych mają charakter jednorazowy i związane są z kalkulacją ceny w poszczególnym postępowaniu to jest na użytek konkretnego postępowania. (...) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji takiej konstrukcji nieupubliczniania informacji nie chroni. W ocenie Izby, aby informacja była chroniona to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa, a nie być zmienną kalkulacyjną na użytek każdego kolejnego postępowania. Bowiem **informacja** powinna posiadać wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu stałą dla

jego funkcjonowania i znaczenia na rynku np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty. W ocenie Izby informacja posiadająca wartość gospodarczą to taka, która ma np.: wpływ na wycenę przedsiębiorstwa, a nie stanowi tylko element kalkulacyjny tworzony na użytek kolejnego postępowania celem zdobycia kolejnego zamówienia i zmieniająca się z dnia na dzień. Przystępujący powołuje się również na wynegocjowanie stawek, których nie chce ujawnić, aby nie stracić przychodów. W ocenie Izby nie ma żadnego logicznego związku pomiędzy stosowanymi stawkami a groźbą utraty przychodów w związku z pokazaniem tych stawek. Po to jest instytucja wyjaśniania podejrzeń co do rażąco niskiej ceny, aby wykonawcy wyjaśnili nie tylko zamawiającemu, ale również konkurentom jakie stawki i parametry tworzą zaoferowaną cenę, czy są one realne czy służą tylko spekulacji uzyskania zamówienia. Pokazanie samych stawek jednostkowych nie naraża wykonawcy na utratę przychodów czy zdradę tajemnicy, co do źródła tych stawek. Same stawki jednostkowe same w sobie nie powinny być chronione. Mogą być chronione co najwyżej informacje co do źródeł tych stawek np.: umowy co do zakupu rowerów, umowy co do pozyskania systemu informatycznego obsługi publicznego roweru, umowy o pracę z mechanikami, sekretarkami, czy firmami profesjonalnymi w tym zakresie, umowy o zaopatrzenie w materiały, urządzenia, umowy najmu magazynu do przechowywania rowerów i całego systemu poza sezonem, czy umowy najmu lokali do obsługi klienta czy

18

obiektów warsztatu napraw, konserwacji rowerów, czy też umów na uzyskanie dochodów z reklamy. Natomiast kalkulacja przystępującego, która została sporządzona według wymagań zamawiającego jako całość i jako jej poszczególne elementy nie stanowi informacji noszących znamiona wartości gospodarczej, które zasługiwałyby na ochronę prawną przed ich ujawnieniem.”

4. Odrzucenie oferty Konsorcjum Dersław z uwagi na rażąco niską cenę ofertową.

Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Dersław jest rażąco niska, w związku z czym oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tak niska cena nie jest uzasadniona obiektywnymi względami, pozwalającymi Konsorcjum Dersław na wykonanie zamówienia, bez strat finansowych. Cena ta jest niższa niż ogólna wartość rynkowa tego zamówienia, co zauważył sam Zamawiający, żądając od Konsorcjum Dersław wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie z 8 października 2014 r. podkreślił, że jego wątpliwości budzi cena oferty ogółem. Zamawiający pytał Konsorcjum Dersław, w jaki sposób Konsorcjum Dersław zamierza zrealizować należycie usługę i osiągnąć zysk, jeżeli jego cena ofertowa kształtuje się poniżej cen rynkowych.

Zdaniem Odwołującego, nie sposób obiektywnie przyjąć, aby w tej sytuacji rynkowej Konsorcjum Dersław mogło zaoferować zgodnie z prawem cenę ofertową, która stanowi 73% wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego i 72% cen ofertowych pozostałych wykonawców (żadna z nich nie podlegała odrzuceniu), w tym oferty Odwołującego. Przedmiotem przetargu są usługi transportu wewnątrzszpitalnego oraz utrzymywania szpitala w czystości. Na podstawie rynkowych stawek godzinowych personelu, kosztów niezbędnego sprzętu oraz cen zużywalnych środków czystości Odwołujący stwierdził, że zaoferowana cena nie pokrywa nawet kosztów zatrudnienia osób niezbędnych do wykonania tego zamówienia zgodnie z SIWZ, nie mówiąc już o kosztach sprzętu czy środków czystości. Odwołujący jest pewny, wobec braku możliwości obniżenia ceny do poziomu przyjętego przez tego wykonawcę, że wyjaśnienia składane przez Konsorcjum Dersław, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzają niezgodność treści oferty z SIWZ i/lub, że cena jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Dersław tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma wiedzy, w jaki sposób została przygotowana odpowiedź na wezwanie z dnia 8 października 2014 r. Niemniej, wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe. Odpowiadając na tego typu wezwania, wykonawcy często poprzestają na przedstawieniu ogólnych zapewnień, że w ofercie wycenili wszystkie roboty i ryzyko, podając ogólną kalkulację czy powołując się na oferty podwykonawców. Tego typu wyjaśnień nie można uznać za wystarczające. Każdą ogólną

19

wartość podaną w kalkulacji należy rozbić na pozycje cząstkowe, co nie jest równoznaczne z wykazaniem rynkowego charakteru ceny. Dopiero połączenie rozbicia analizowanej ceny z dowodami wskazującymi na realność przyjętych cen cząstkowych (np. przyjętych kosztów środków czystości, kosztów osobowych, sprzętu), może wskazywać na to, że cena poddawana analizie została ustalona w sposób prawidłowy. Podobnie przedstawienie oferty podwykonawcy na wykonanie danej części zamówienia, bez analizy, czy cena podana przez podwykonawcę jest realna, nie świadczy o tym, że wykonawca za podaną cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że w przypadku Konsorcjum Derśław nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu Wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tego typu przedsięwzięcia. Ponadto, wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli ofertę w ramach konsorcjów i dzięki uzyskanej synergii są w stanie polegać na wyjątkowo korzystnych zakupach, efektywniej negocjować itp. Z powyższych względów, wyjaśnienia Konsorcjum Derśław, zdaniem Odwołującego, nie pozwalają przyjąć, że Wykonawca ten za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat oraz, że cena ta jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem koniecznym do wykonania, nakładem pracy, nakładem środków etc.

Odwołujący zwrócił uwagę, że już samo zestawienie ceny ofertowej Konsorcjum Derśław z realną wartością rynkową zamówienia (wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego i cen ofertowych pozostałych wykonawców) wskazuje, że cena ofertowa Konsorcjum Derśław jest zaniżona i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślił również, że chociaż ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia, to w sytuacji, gdy elementy oferty istotne z punktu widzenia obliczenia ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum Derśław zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty, należy oczekiwać od Zamawiającego, który uznał to zastrzeżenie.

Odwołujący wskazał, że w podobnych stanach faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż cena ofertowa wykonawcy jest ceną rażąco niską. W powoływanym już powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2185/14, Izba orzekła: „Konsorcjum Salini złożyło ofertę z najniższą ceną, wynoszącą 995.904.789,41 zł, co stanowi 68,6% wartości szacunkowej oraz kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. (...) Średnia cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 1.397.166.465,03 zł. Cena oferty Konsorcjum Salini stanowiła 71,3% średniej cen

20

wszystkich ofert (...). Złożone wyjaśnienia potwierdziły, zdaniem Izby, że cena nie została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Konsorcjum Salini w złożonych wyjaśnieniach powołało się na takie okoliczności, jak doświadczenie i renoma wykonawcy, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo-sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym, które to okoliczności w znacznej mierze należy uznać za cechujące większość wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości (...) Biorąc pod uwagę różnice między ceną oferty Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert, wykonawca, aby wykazać realność ceny powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji. (...) Reasumując, na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty. Zaniechanie tego odrzucenia stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp”.

5. Odrzucenie oferty Konsorcjum Derśław z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegają odrzuceniu. W ocenie Odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, złożenie przez Konsorcjum Derśław oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie

sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez Konsorcjum Dersław towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy ZNK). Jednocześnie jest też oczywiste, w ocenie Odwołującego, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżonej ceny za usługę sprzątania i transportu wewnątrzszpitalnego ma na celu tylko i wyłącznie eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika, że zachowanie Konsorcjum Dersław wprost godzi w uczciwą konkurencję, która powinna być zachowana w każdym przetargu publicznym. Na straży tego stoi właśnie norma z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący za swoje przyjmuje stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 2936/13, gdzie Izba orzekła: „Zamawiający w ramach odrzucenia oferty Odwołującego argumentował jednoznacznie, że jego zdaniem zachowanie odwołującego wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust 1 ustawy o

21

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przywołał brzmienie tego przepisu. Według Izby, katalog czynów nieuczciwej konkurencji wymieniony w art. 5 - 17e ww. ustawy nie ma charakteru zamkniętego. Powyższe wynika z literalnej wykładni przepisu art. 3 ust 2 tej ustawy, w którym jedynie przykładowo wymieniono kategorie czynów wymienionych w części szczegółowej ustawy, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”. A zatem, w świetle art. 3 ust. 1 przywoływanej ustawy, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje również takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy). W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący naruszył dobre obyczaje kupieckie. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie przez Odwołującego działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Nawet bowiem jeśli zaoferowali stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurencji.

Konsorcjum Dersław, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę nierealną i niezapewniającą zysku dopuściło się naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co w myśl art. 2 ust. 1 ustawy ZNK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Konsekwentnie, w ocenie Odwołującego, oferta Konsorcjum Dersław podlega odrzuceniu z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem X pkt 1 i 2 SIWZ „Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Zamawiający zastrzega sobie możliwość co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, jednorazowego zwrócenia się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.”

22

Termin składania i otwarcia ofert upływał w dniu 30 września 2014 r. (rozdział XII pkt 2 SIWZ).

Odwolujący wraz z ofertą przedłożył ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GG10/0219/14/0017, w której treści wskazano, że przedmiotowa gwarancja jest ważna w okresie od 30 września 2014 r. do 1 grudnia 2014 r.

Konsorcjum Impel przedłożyło z ofertą gwarancję bankową zapłaty wadium nr DOK4408GWB14JG z dnia 1 września 2014 r. z okresem obowiązywania od dnia 30 września 2014 r. do 8 grudnia 2014 r.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący w dniu 4 listopada 2014 r. wniósł odwołanie. Postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie zostało zakończone w dniu 17 listopada 2014. wydaniem przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania (sygn. akt: KIO 2309/14). Izba dopuszczając dowód z protokołu posiedzenia i ogłoszenia postanowienia ustaliła, po pierwsze, że na posiedzeniu obecny był pełnomocnik Odwołującego, po drugie, że w dniu 17 listopada 2014 r. przewodniczący ogłosił postanowienie przez jego odczytanie.

Pismem z dnia 21 listopada 2014 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców, biorących udział w postępowaniu „o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres 60 dni. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 27 listopada 2014 r.) Odwołujący złożył następujące oświadczenie: „*wyrażamy zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą na okres 60 dni oraz załączamy aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 02GG10/0219/14/0017.*” Z rzeczonego aneksu wynika, że okres obowiązywania gwarancji został przedłużony do dnia 31 stycznia 2015 r.

Konsorcjum Impel odpowiadając na wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 26 listopada 2014 r.) oświadczyło, że „*wyrażamy zgodę na przedłużenie terminu ważności naszej oferty złożonej w ww. postępowaniu o następne 60 dni. Jednocześnie w załączeniu przedkładamy aneks do gwarancji wadialnej zwiększający jej ważność o następne 60 dni.*” Z przedmiotowego aneksu wynika, że termin ważności gwarancji został przedłużony do 4 lutego 2015 r.

Przy piśmie z dnia 28 stycznia 2015 r. Odwołujący przedłożył aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 02GG10/0219/14/0017. Ponownie okres obowiązywania gwarancji został przedłużony, tym razem do dnia 3 kwietnia 2015 r.

Pismem z dnia 28 stycznia 2015 r. Konsorcjum Impel złożyło kolejne oświadczenie o wyrażeniu zgody „*na przedłużenie terminu ważności naszej oferty złożonej w ww. postępowaniu o następne 60 dni. Jednocześnie w załączeniu przedkładamy aneks do*

23

gwarancji wadialnej.” W rzeczoym aneksie termin ważności gwarancji został przedłużony do dnia 14 kwietnia 2015 r.

W rozdziale V pkt 1. Załącznika nr 8 do SIWZ Zamawiający wymienił czynności wykonywane przez pracownika transportu wewnątrzszpitalnego wykonawcy przy obsłudze pacjenta, objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający wskazał na: 1) pomoc przy zmianie pozycji i ułożenia pacjenta; 2) transport pacjentów z izb przyjęć/SOR-u do wskazanych miejsc; 3) transport zwłok do Zakładu Patomorfologii na terenie Zamawiającego. Zaś w pkt. 2 rzeczonego Załącznika Zamawiający wskazał na czynności wykonywane przez pracownika transportu wewnątrzszpitalnego wykonawcy związane z transportem wewnątrzszpitalnym. Wśród nich odnajdujemy m.in. dostarczanie materiałów do badań, przynoszenie wyników badań diagnostycznych pacjentów, transport sprzętu i materiałów z magazynów szpitalnych na oddziały szpitalne itd.

Jednocześnie we wzorze Formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający wskazując na sposób wyceny przedmiotu zamówienia podał, że usługi pomocnicze przy pacjentach (pkt 2) należy wycenić z uwzględnieniem zwolnienia przedmiotowych usług od podatku od towaru i usług, zaś usługa transportu wewnątrzszpitalnego podlega opodatkowaniu 23% stawką podatku VAT. Sposób opodatkowania ww. usług wynika również z *Kalkulacji usługi sprzątania, transportu pacjentów i transportu wewnątrzszpitalnego (do zaktualizowanego opisu przedmiotu zamówienia)*, sporządzonej w dniu 15 lipca 2014 r.

Konsorcjum Dersław w swojej ofercie podało, że sprzedaż usług pomocniczych przy pacjentach opodatkowało w części według stawki 23%, zaś sprzedaż części usług podlega zwolnieniu od podatku VAT. Usługa transportu wewnątrzszpitalnego została opodatkowana stawką 23% podatku VAT.

Pismem z dnia 8 października 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Dersław, na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień „dlaczego w Formularzu ofertowym w pozycji: „usługi pomocnicze przy pacjentach” wpisane zostało „VAT zw. i 23% 1 104,00 zł”. Jakiego rodzaju usługi pomocnicze przy pacjentach objęte są stawką VAT 23%?”

W odpowiedzi (pismo z dnia 14 października 2014 r.) Odwołujący podał, że klasyfikacja czynności i nazewnictwo poszczególnych grup, zawarta w załączniku nr 8 do SIWZ rozdział V „sugerowało wykonawcy, iż czynność polegającą na „transportie zwłok” Zamawiający traktuje jako czynność przy obsłudze pacjenta. Biorąc pod uwagę powyższe oraz zważając na konstrukcję budowy formularza ofertowego wraz z przyporządkowanymi już przez Zamawiającego stawkami VAT oraz jednocześnie mając świadomość, iż „czynność transportu zwłok” nie podlega zwolnieniu z podatku Wykonawca zadał odpowiednio pytania w tym zakresie celem rzetelnego przygotowania Oferty. Na zadane pytanie Wykonawcy po analizie grupowania czynności w Załączniku nr 8 oraz Konstrukcji Formularza Ofertowego w

24

„Informacji nr 5 dla wykonawców” z dnia 15.09.2014 r. Zamawiający odpowiedział w Pytaniu nr 3: „zamawiający potwierdza, iż w formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie III Cena, podpunkt 2) usługi pomocnicze przy pacjentach – należy wycenić czynności opisane w załączniku nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, Rozdział V punkt 1, podpunkt 1 do 3” oraz w Pytaniu Nr 4: „zamawiający potwierdza, iż w formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie III Cena, podpunkt 3) usługa transportu wewnątrzszpitalnego – należy wycenić czynności opisane w załączniku nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, Rozdział V punkt 2, podpunkt od 1 do 12.” Mając powyższe na uwadze w postaci precyzyjnego określenia przez Zamawiającego, które czynności z Opisu Przedmiotu Zamówienia należy wycenić w danym miejscu (pozycji) Formularza Ofertowego Wykonawca dokonał zróżnicowania stawki VAT na 23% i „zw.” z uwagi na fakt, iż jedna czynność z czynności wymienionych w Rozdziale V punkt 1 w podpunktach od 1 do 3 w postaci: „Transport zwłok do Zakładu Patomorfologii na terenie Zamawiającego” zwolnieniu z podatku nie podlega. Na potwierdzenie niniejszego wyjaśnienia Wykonawca przedkłada interpretacje podatkowe wydane przez Lidera Konsorcjum – spółki Dersław oraz dla konsorcjanta DGP Clean Partner. Obie interpretacje podatkowe w kwestii czynności polegającej na transporcie zwłok są zbieżne i obie bezspornie dowodzą, iż czynność ta nie podlega zwolnieniu podatku, stąd też tą czynność Wykonawca opodatkował stawką podstawową VAT. Jednocześnie na pytanie innego Wykonawcy w „Informacji nr 8” z dnia 19.09.2014 (Pytanie nr 1) Zamawiający niejako potwierdził ponownie jakie czynności należy gdzie wycenić odpowiadając: „Cena dla usług pomocniczych przy pacjentach ma obejmować wszystkie usługi związane z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie, które zostały wymienione w SIWZ i załącznikach do SIWZ, nie przekraczających 20% wartości przedmiotu zamówienia.” Tym samym biorąc pod uwagę przyporządkowanie przez Zamawiającego czynności polegającej na transporcie zwłok jako czynności, którą należało wycenić w miejscu Formularza ofertowego pn. „Usługi pomocnicze przy pacjentach” oraz interpretacjami podatkowymi Wykonawcy Konsorcjum dokonało rozróżnienia stawki VAT w tym miejscu Oferty opodatkowując czynność transportu zwłok stawką podstawową.”

Pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum Dersław o poprawieniu, w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stawki podatku VAT w odniesieniu do usług pomocniczych przy pacjentach, wycenionych w Formularzu ofertowym.

Wobec przedmiotowej czynności Odwołujący wniósł odwołanie, które zostało uwzględnione wyrokiem z dnia 29 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2653). Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności poprawienia przedmiotowej omyłki.

Pismem z dnia 8 października 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Dersław, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, „do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty cenowej mających wpływ na wysokość Państwa ceny ofertowej.

25

Wykonawca podał w Formularzu ofertowym cenę brutto za całość przedmiotu zamówienia w wysokości 18 901 505, 76 zł brutto. Cena ta znacząco odbiega od szacunku przyjętego przez Zamawiającego tj. 26 002 128, 19 zł brutto.”

Pismem z dnia 14 października 2014 r. Przystępujący złożył przedmiotowe

wyjaśnienia obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 2 lutego 2015 r. Odwołujący wezwał Zamawiającego do odtajnienia przedmiotowych wyjaśnień.

W odpowiedzi (pismo z dnia 3 lutego 2015 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego, „*że zbadał zasadność utajnienia wyjaśnień złożonych przez przywołanego Wykonawcę i podtrzymuje stanowisko nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.*”

Pismem z dnia 28 stycznia 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

1. Wykluczenie Konsorcjum Dersław, Konsorcjum Impel, Konsorcjum Izan z uwagi na zaniechanie przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni z równoczesnym przedłużeniem ważności wadium na cały okres związania ofertą.

Dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy konieczne jest dostrzeżenie wagi instytucji terminu związania ofertą i wniesienia wadium. Znaczenie tej instytucji zostało usankcjonowane w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, mocą którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Dla precyzyjnego ustalenia treści powołanej normy prawnej i odkodowania przesłanek jej zastosowania niezbędne jest sięgnięcie do przepisów regulujących materię terminu związania ofertą i wniesienia wadium. Zgodnie z czytanyymi łącznie przepisami art. 85 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, wykonawca jest związany złożoną przez siebie ofertą począwszy od upływu terminu składania ofert, aż do upływu terminu określonego przez Zamawiającego w SIWZ (w zależności od wartości szacunkowej zamówienia, może to być odpowiednio 30, 60 lub 90 dni). W tym czasie wykonawca jest związany ofertą, a zatem złożonym przez siebie oświadczeniem woli, zgodnie z którym zobowiązał się do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ za cenę podaną w ofercie.

26

Dostrzec w tym miejscu należy, iż ustawodawca w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp dopuścił możliwość przedłużenia terminu związania ofertą. Zgodnie z powołanym przepisem wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Z powołanego przepisu wypływa zatem określone uprawnienie dla zamawiającego. Otóż, może on skierować do wykonawców wnioski o przedłużenie wyznaczonego pierwotnie w treści SIWZ terminu związania ofertą. Skorzystanie przez zamawiającego z tego uprawnienia jest obostrzone określonymi warunkami: może on zwrócić się do wykonawców z takim wnioskiem tylko raz, w określonym terminie (co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą), musi on również oznaczyć czas, o jaki termin ten ma ulec przedłużeniu (z zastrzeżeniem, że nie może być to więcej niż 60 dni). W przepisie tym użyte zostało słowo „może”, tym samym brak podstaw do formułowania twierdzeń, iż po stronie zamawiającego istnieje obowiązek kierowania do wykonawców takich wezwań.

Rodzi to określone dalsze konsekwencje. Skoro bowiem po stronie zamawiającego istnieje jedynie uprawnienie do podjęcia określonych działań, a nie obowiązek ich podjęcia, wówczas to na wykonawców przerzucony jest ciężar weryfikacji biegu terminu związania ofertą i podejmowania w tym kontekście odpowiednich działań odpowiadających im interesom i służących ich zabezpieczeniu. Jeśli zatem wolą wykonawcy jest dalsze ubieganie się o udzielenie mu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w którym wykonawca ten uczestniczy, władny jest on złożyć w tym zakresie jednoznaczne oświadczenie zamawiającemu. Jeżeli natomiast wykonawca nie wyraża takiej woli, może on to wyrazić zamawiającemu oświadczyć lub po prostu powstrzymać się od podejmowania jakichkolwiek działań.

Tym samym to wyłącznie od decyzji wykonawcy zależy to, czy termin związania go złożoną przez niego ofertą ulegnie przedłużeniu, czy też nie. I to niezależnie od tego, czy wykonawca będzie zmuszony podjąć tę decyzję samodzielnie, czy też na wniosek zamawiającego. Jedynym ograniczeniem w tym drugim przypadku jest to, że okresem minimalnym, o jaki wykonawca może przedłużyć termin związania go swoją ofertą, musi być co najmniej okres określony przez zamawiającego w przesłanym wykonawcy wniosku.

Na tle powołanego przepisu nie budzi również wątpliwości, że zamawiający określa okres, o jaki należy przedłużyć termin związania ofertą. Przy czym starannie działający wykonawca musi mieć na uwadze, że z mocy przepisu art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zwieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Zaś w świetle przepisu

27

art. 82 ust. 4 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Reasumując stwierdzić należy, że wykonawca wezwany przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą na określony okres, dla poprawnego ustalenia terminu związania ofertą winien uwzględnić okres, w którym termin związania ofertą ulega zawieszeniu i mając na uwadze powyższe, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 82 ust. 4 ustawy Pzp przedłużyć okres ważności wadium lub wnieść nowe wadium. W tym miejscu należy odwołać się do poglądu reprezentowanego przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 8 marca 2006 r., I ACa 1018/05, LEX nr 186161, który stwierdził, że *"Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności"*.

Zdaniem Izby, rozważania uczynione na tle przepisu art. 85 i art. 182 ust. 6 ustawy Pzp mają niebagatelne znaczenie dla ustalenia hipotezy normy prawnej zawartej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą odnosi się nie tylko do sytuacji, w której wykonawca zgody takiej nie wyraża, ale również i takiej, gdzie wykonawca co prawda wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale na okres krótszy niż ten określony przez zamawiającego na mocy przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji brak wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą należy kwalifikować w ten sposób odpowiednio do powyższego, że albo nie wniesiono w ogóle wadium albo też nie wniesiono wadium na cały okres związania ofertą. Zdaniem Izby, niewłaściwe ustalenie przez wykonawcę okresu, na jaki należy przedłużyć termin związania ofertą i wnieść wadium powoduje, że zaktualizuje się obowiązek zamawiającego, w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Przy czym w świetle powołanego przepisu bez znaczenia pozostaje okoliczność, że wykonawca zachował ciągłość terminu związania ofertą i zabezpieczenia oferty wadium, jeśli nie realizował wytycznych Zamawiającego zgodnie z przepisami prawa. Czynności faktyczne wykonawcy nie mogą być bowiem podejmowane z pominięciem regulacji prawnych, a ich skuteczność nie może być oceniana jedynie przez pryzmat celu instytucji a nie wymogów prawa. Oznaczałoby to bowiem, że to wykonawca określa reguły działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a granicą ich akceptacji jest realizacja celu określonej instytucji.

28

Ponadto, na tle powołanego przepisu dostrzeżenia wymaga, że obowiązek wykluczenia wykonawcy aktualizuje się w przypadku zaistnienia okoliczności tam wskazanych, niezależnie od etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że brak przedłużenia okresu związania ofertą o czas wskazany przez zamawiającego, jak i brak wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą stanowi przyczynę wykluczenia wykonawcy.

Ocena działań wykonawcy nie może być dokonywana przez pryzmat całokształtu czynności wykonawcy. Okoliczność, że wykonawca zachował ciągłość zabezpieczenia oferty wadium i nawet związania ofertą nie oznacza, że określone uchybienia popełnione w toku tych czynności pozostają nieistotne, bo jak wskazano wyżej, ustawodawca takiej woli nie wyraził.

Powołany przepis, który nakazuje oceniać każdą czynność przedłużenia terminu związania ofertą i wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą ma swoje uzasadnienie. Regulacja ta służy interesom zamawiającego i pozwala mu ustalić krąg podmiotów, co do których może mieć on pewność, że są one związane złożonymi przez siebie oświadczeniami zawartymi w przedstawionych mu ofertach, a także co do tego, że treść tych ofert i zakres zobowiązań z nich wypływających pozostaje wiążąca w okresie wskazanym przez zamawiającego. Istotne jest przy tym, że ocena zamawiającego następuje na moment przedłużenia terminu związania ofertą i wniesienia wadium na ten przedłużony okres, a nie z perspektywy dalszych czynności w postępowaniu, a więc kolejnego przedłużenia związania ofertą i zabezpieczenia wadium, bowiem zamawiający nie może wiedzieć, że one nastąpią.

Wprowadzenie do ustawy Pzp instytucji terminu związania ofertą służy więc z jednej strony zabezpieczeniu interesów wykonawcy, który ma pewność (z uwzględnieniem możliwości samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą), że dopóki będzie on utrzymywał ciągłość stanu związania go złożoną przez niego ofertą, dopóty zamawiający będzie zmuszony (oczywiście przy zachowaniu szeregu innych warunków formalnych i merytorycznych) uwzględniać złożoną przez niego ofertę w gronie tych, spośród których wybierze on ofertę najkorzystniejszą. Z drugiej zaś strony, w okresie, gdy wykonawca jest związany złożoną przez siebie ofertą, po stronie zamawiającego może istnieć uzasadnione przekonanie, że w przypadku wybrania takiej oferty jako najkorzystniejszej wykonawca, który ją złożył, zawrze z nim umowę, a następnie zrealizuje zamówienie publiczne zgodnie z treścią tejże umowy. W przypadku zaś uchylania się przez wykonawcę od zawarcia umowy czy też wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także w sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zamawiający władny jest zastosować sankcję w postaci zatrzymania wadium.

29

Zagwarantowanie zamawiającemu komfortu posiadania takiej gwarancji jest uzasadnione istnieniem po jego stronie obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia według ściśle określonych przepisami ustawy Pzp reguł postępowania, które w wielu przypadkach są dalece sformalizowane i wyłączają swobodę działania po stronie zamawiającego.

Odnosząc przedmiotowe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Przystępujący nie udźwignął ciężaru obowiązków związanych z prawidłowym przedłużeniem terminu związania ofertą i wniesienia wadium na ten przedłużony okres. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 listopada 2014 r. wyraził co prawda zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, ale zważywszy na przedłużenie okresu obowiązywania gwarancji wadialnej nie budzi wątpliwości, że Przystępujący do dokonanych obliczeń nie uwzględnił zwieszenia biegu terminu związania ofertą.

Uwzględniając okoliczność, że termin składania ofert upływał w dniu 30 września 2014 r. a pierwotny termin związania ofertą wynosił 60 dni, nie ulega wątpliwości, że termin ten winien upłynąć w dniu 28 listopada 2014 r. Nie można jednakże pominąć, że bieg rzeczonożego terminu uległ zawieszeniu na czas prowadzonego postępowania odwoławczego, tj. na okres od dnia 4 listopada do dnia 17 listopada 2014 r. Ostatecznie termin ten upływał w dniu 12 grudnia 2014 r. Zatem, tę datę należy uwzględnić przy obliczaniu okresu do przedłużenia terminu związania ofertą na kolejne 60 dni i zabezpieczenia wadium. Poczynione w tym względzie wyliczenia wskazują, że prawidłowo wykonawcy winni przedłużyć termin związania ofertą do dnia 10 lutego 2015 r. i na taki też okres wnieść wadium.

Tymczasem Przystępujący składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni nie wskazał daty, do której jest związany ofertą, ale wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą, tj. do dnia 31 stycznia 2015 r. W ocenie Izby, na tym tle nie ulega wątpliwości, że skoro z przedłużeniem terminu związania ofertą przedłuża się jednocześnie ważność wadium, Przystępujący na skutek ww. czynności pozostawał

związany ofertą do dnia 31 stycznia 2015 r. Gdyby nawet przyjąć, korzystną dla Przystępującego interpretację, że wobec braku wskazania daty związania ofertą, zgodnie z wymogami Zamawiającego i własną wolą pozostaje on związany ofertą przez kolejne 60 dni od dnia pierwotnego terminu związania ofertą, to nie sposób pominąć, że Przystępujący nie wniósł wadium na wymagany, przedłużony okres związania ofertą. Wadium nie zabezpieczało oferty na kolejne 60 dni, ale na okres krótszy. Powyższe wskazuje, że oświadczenie wykonawcy w tym przedmiocie nie czyniło zadość wymaganiom Zamawiającego, z uwzględnieniem przepisów prawa art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp i winno skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

30

Izba nie podziela przy tym argumentacji Przystępującego, że istotna jest jedynie ciągłość związania ofertą i zabezpieczenia wadium, z przyczyn o których była mowa wyżej, w rozważaniach ogólnych na temat analizowanej instytucji.

Izba nie aprobuje również stanowiska Przystępującego, że starannie działający wykonawca nie musiał mieć wiedzy na temat prowadzonego postępowania odwoławczego i zawieszenia biegu terminu związania ofertą. W ocenie Izby, rzeczona należyta staranność nie pozwala na pominięcie wykonawcy okoliczności istotnych, relewantnych z punktu widzenia prawa dla ustalenia obowiązków uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zaś w niniejszej sprawie powoływana okoliczność w ogóle nie miała miejsca. Przystępujący pomija bowiem, że postępowanie odwoławcze zostało wywołane z jego inicjatywy, toczyło się z jego udziałem (obecność pełnomocników Przystępującego na posiedzeniu Izby) i Przystępujący miał pełną wiedzę o terminie i treści wydanego przez Izbę rozstrzygnięcia.

Myli się Przystępujący twierdząc, że jedynie odrzucenie oferty wykonawcy może skutkować pominięciem wykonawcy, który złożył taką ofertę, przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Ofertę wykonawcy wykluczonego, z mocy przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, uznaje się za odrzuconą. Niezależnie więc od poniesienia zarzutu w tym przedmiocie przez Przystępującego wskazany skutek powstaje *ex lege*.

W ocenie Izby, zaktualizowały się również przesłanki do wykluczenia Konsorcjum Impel z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazany wykonawca przedłużył, na wezwanie Zamawiającego, termin ważności wadium do dnia 4 lutego 2015 r., podczas gdy termin związania ofertą upływał w dniu 10 lutego 2015 r.

Izba pozostawiła zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum IZAN bez rozpoznania uwzględniając okoliczność, że Odwołujący cofnął na rozprawie zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp uzasadniony wskazanymi okolicznościami faktycznymi. Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący na mocy przepisu art. 187 ust. 8 ustawy Pzp uprawniony jest do cofnięcia odwołania, co skutkuje umorzeniem postępowania. Sięgając do reguły wnioskowania *a maiori ad minus* należało dojść do przekonania, że dopuszczalne jest również cofnięcie zarzutu. Skoro cofnięcie odwołania jest czynnością, mocą której odwołujący wycofuje wniesione odwołanie, a więc rezygnuje z rozpoznania w toku postępowania odwoławczego, to złożenie oświadczenia woli w przedmiocie cofnięcia zarzutu w określonym zakresie winno wywoływać skutki, mając na uwadze również przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniające powyższe. Mocą złożonego oświadczenia woli Odwołujący zrezygnował z

31

rozpoznania odwołania przez Izbę we wskazanym zakresie, co przy jednoczesnym braku podstaw do badania przez Izbę dopuszczalności przedmiotowej czynności i braku konieczności uzyskania zgodny strony przeciwnej na dokonanie rzeczony czynności, powoduje konieczność pozostawienia przez Izbę przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania (wobec braku instrumentu w postaci uprawnienia do umorzenia postępowania w części).

2. Odrzucenie oferty Konsorcjum Dersław z uwagi na błąd w cenie oraz jej niezgodność z treścią SIWZ.

Na wstępie stwierdzić należy, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert, w tym m.in. pod względem prawidłowości przyjętych przez wykonawców przy obliczeniu ceny stawek podatku VAT. Obowiązek taki wynika z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny, za który uznać należy przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT

Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.), zwanej dalej ustawą, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

Przez świadczenie usług, w myśl art. 8 ust. 1 ustawy, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7 ustawy.

Należy zaznaczyć, że w myśl art. 5a ustawy, towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują symbole statystyczne.

Na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy, stawka podatku od towarów i usług wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1 ustawy.

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

Należy zaznaczyć, że zarówno w przepisach prawa ustawy o podatku od towarów i usług, jak i rozporządzeniach wykonawczych, przewidziano możliwość zastosowania obniżonych stawek podatku, a nawet zwolnień od podatku.

Zakres i zasady zwolnienia od podatku od towarów i usług lub świadczenia usług zostały określone między innymi w art. 43 ustawy.

32

Stosownie do art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy, zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze.

Natomiast zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy, zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza.

Ponadto, zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 19 ustawy, zwolnieniu podlegają również usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, świadczone w ramach wykonywania zawodów:

- a) lekarza i lekarza dentysty,
- b) pielęgniarki i położnej,
- c) medycznych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. Nr 112, poz. 654, Nr 149, poz. 887 i Nr 174, poz. 1039),
- d) psychologa;

Na mocy art. 43 ust. 1 pkt 19a ustawy, zwalnia się od podatku świadczenie usług, o których mowa w pkt 18 i 19, jeżeli usługi te zostały nabyte przez podatnika we własnym imieniu, ale na rzecz osoby trzeciej od podmiotów, o których mowa w pkt 18 i 19.

Stosownie do art. 43 ust. 17 ustawy, zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 18, 18a, 22-24, 26, 28, 29, 31, 32 i 33 lit. a, nie mają zastosowania do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, jeżeli:

- 1) nie są one niezbędne do wykonania usługi podstawowej, zwolnionej zgodnie z ust. 1 pkt 18, 18a, 22-24, 26, 28, 29, 31, 32 i 33 lit. a lub
- 2) ich głównym celem jest osiągnięcie dodatkowego dochodu przez podatnika, przez konkurencyjne wykonywanie tych czynności w stosunku do podatników niekorzystających z takiego zwolnienia.

Ponadto, w myśl art. 43 ust. 17a ustawy, zwolnienia, o których mowa w ust. 1 pkt 18a,

23, 26, 28, 29 i 33 lit. a, mają zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe.

Z powyższych przepisów wynika, że zwolnieniu od podatku podlegają usługi opieki medycznej, które spełniają określone warunki – służą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz świadczone są przez konkretne, wymienione przez ustawodawcę podmioty (podmioty lecznicze oraz świadczone w ramach wykonywanych zawodów lekarza, lekarza dentystry, pielęgniarki, położnej, psychologa i medycznych, o

33

których mowa w ustawie o działalności leczniczej). Zatem powyższe zwolnienie ma charakter podmiotowo-przedmiotowy.

Należy zauważyć, że powyższe zwolnienie odnosi się do usług w zakresie opieki medycznej oraz dostawy towarów i usług ściśle z tymi usługami związanych, świadczonych przez podmioty lecznicze (pkt 18) oraz świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza (pkt 18a). Należy również podkreślić, że treść cytowanych wyżej przepisów w sposób jednoznaczny wskazuje, że świadczenie usługi podstawowej objętej zwolnieniem (tj. usługi w zakresie opieki medycznej) łącznie z usługami związanymi i niezbędnymi do świadczenia usługi podstawowej, musi zostać dokonane przez jeden podmiot, czyli podmiot świadczący usługę podstawową.

Biorąc pod uwagę niniejszą sprawę oraz powołane przepisy stwierdzić należy, że zwolnienie wynikające z art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy, w analizowanej sytuacji nie ma zastosowania, gdyż odnosi się ono do usług świadczonych przez zakłady opieki zdrowotnej. Natomiast nie budzi wątpliwości, że Przystępujący nie jest zakładem opieki zdrowotnej, wykonywał on będzie co najwyżej usługi na podstawie zawartej umowy z zakładem opieki zdrowotnej i na jego rzecz.

Analizując zwolnienie od podatku spornych usług, należy odwołać się więc do przepisu art. 43 ust. 1 pkt 18a oraz do przepisu art. 132 ust. 1 lit. b i c Dyrektywy 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L Nr 347, str. 1 ze zm.), zgodnie z którym zwolnieniu od podatku przez państwa członkowskie podlegają opieka szpitalna i medyczna oraz ściśle z nimi związane czynności podejmowane przez podmioty prawa publicznego lub, na warunkach socjalnych porównywalnych do stosowanych w odniesieniu do instytucji prawa publicznego, przez szpitale, ośrodki medyczne i diagnostyczne oraz inne odpowiednio uznane placówki o podobnym charakterze, a także świadczenie opieki medycznej w ramach zawodów medycznych i paramedycznych, określonych przez zainteresowanie państwo członkowskie.

Zgodnie zaś z ugruntowanym stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości UE, zwolnienia zawarte w art. 132 Dyrektywy 2006/12/WE Rady stanowią autonomiczne pojęcie prawa wspólnotowego i mają na celu uniknięcie rozbieżności w stosowaniu systemu VAT w poszczególnych państwach członkowskich. Oznacza to, że zakres przedmiotowy tych zwolnień powinien być taki sam we wszystkich krajach członkowskich, zatem przy jego definiowaniu nie jest zasadne odwoływanie się wyłącznie do ustawodawstwa krajowego, ponieważ takie działania mogłyby prowadzić do rozbieżności w stosowaniu zwolnień poszczególnych państw UE.

Orzecznictwo Trybunału wskazuje, że pojęcia dotyczące zwolnień należy interpretować w sposób ścisły, ponieważ zwolnienia stanowią odstępstwa od ogólnej zasady,

34

zgodnie z którą podatkiem VAT objęta jest każda usługa świadczona odpłatnie przez podatnika.

Jeśli chodzi o szczególności o zwolnienie przewidziane w art. 132 Dyrektywy, to z orzecznictwa wynika, że pojęcie „opieka medyczna” dotyczy świadczeń medycznych, które służą diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Cel usługi medycznej określa, czy powinna ona korzystać ze zwolnienia. Jeżeli z kontekstu wynika, że jej głównym celem nie jest ochrona, utrzymanie bądź przywrócenie zdrowia, lecz inny cel, to wówczas zwolnienie nie będzie miało zastosowania. Innymi słowy, aby podlegać zwolnieniu świadczenie powinno mieć cel terapeutyczny, tym samym liczy się nie charakter usługi, ale jej cel.

Ponadto, z orzecznictwa Trybunału wynika, iż pojęcia „opieka medyczna” i „działalność ściśle związana z opieką szpitalną i medyczną (leczeniem szpitalnym i medycznym)”, należy interpretować w ten sam sposób w obu przypadkach, ponieważ oba te przepisy mają na celu uregulowanie ogółu zwolnień z opodatkowania świadczeń medycznych w ścisłym znaczeniu, które służą diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia.

W rozumieniu art. 13 część A ust. 1 lit b VI Dyrektywy Rady 77/338/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji przepisów dotyczących podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (Dz. Urz. UE L 1997.145.1 ze zm.), pojęcia te nie obejmują świadczeń, które nie przedstawiają żadnego związku z opieką szpitalną nad odbiorcami tych świadczeń ani z opieką medyczną świadczoną ewentualnie na ich rzecz.

Usługi są ściśle związane z opieką szpitalną i medyczną (leczeniem szpitalnym i medycznym) jedynie wówczas, gdy są rzeczywiście świadczone jako usługi pomocnicze względem stanowiącej świadczenie główne opieki szpitalnej nad odbiorcami lub opieki medycznej świadczonej na rzecz odbiorców.

Świadczenie może być uznane za pomocnicze względem świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi celu samego w sobie, lecz środek służący jak najlepszemu skorzystaniu ze świadczenia głównego usługodawcy. W odniesieniu do świadczeń medycznych Trybunał stwierdził, że zważywszy na cel zwolnienia przewidzianego w art. 13 część A ust. 1 lit. b Szóstej Dyrektywy, jedynie świadczenie usług, które logicznie wpisują się w ramy dostarczania usług opieki szpitalnej i medycznej i które w procesie świadczenia tych usług stanowią etap niezbędny, aby osiągnąć cele terapeutyczne, którym te ostatnie służą, mogą stanowić „działalność ściśle (...) związaną” w rozumieniu tego przepisu.

Rozpatrując kwestię ewentualnego zwolnienia spornych usług należy dokonać oceny, czy powyższe usługi mogą być objęte zwolnieniem od podatku VAT jako „opieka medyczna”

35

lub działalność „ściśle związana” z „opieką szpitalną i medyczną” w rozumieniu wskazanych powyżej przepisów ustawy, jak i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE.

Zdefiniowanie w ww. przepisach ustawy zakresu zwolnienia poprzez zawężenie go wyłącznie do usług opieki medycznej służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, odpowiada co do zasady używanym przez Trybunał określeniom „postawienie diagnozy, udzielenie pomocy medycznej oraz, w zakresie, w jakim jest to możliwe, leczenie chorób lub zaburzeń zdrowotnych.”

Z powołanych przepisów jednoznacznie wynika, że dla zastosowania zwolnienia od podatku VAT istotny jest cel wykonywanych świadczeń. Ze zwolnienia generalnie korzystają tylko te czynności, które mają charakter diagnostyczny lub terapeutyczny (lecniczy). Jeśli świadczenie nie będzie służyć profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, to wówczas nie będzie objęte zwolnieniem podatkowym.

Precyzując czynności, których celem jest profilaktyka, zachowanie, ratowanie, przywracanie lub poprawa zdrowia, pojęcia te należy interpretować z zastosowaniem wykładni językowej. „Profilaktyka” to wszelkie działania i środki stosowane w celu zapobiegania czemuś niepożądanemu, likwidowanie przyczyn niekorzystnych zjawisk, to działania i środki stosowane w celu zapobiegania chorobom. „Zachowywanie” rozumiane jest jako dochowanie czegoś w stanie niezmienionym, nienaruszonym lub niezniszczonym mimo upływu czasu lub niesprzyjających okoliczności, utrzymywanie. Interpretując słowo „ratowanie”, należy odwołać się do słów „ratować” i „ratownictwo.” „Ratować” to starać się ocalić, zachować coś, natomiast „ratownictwo” jest rozumiane jako ogół środków i metod ratowania życia ludzkiego i niesienia pomocy w warunkach zagrożenia. Słowo „przywracać” oznacza doprowadzić coś do poprzedniego stanu, wprowadzić coś na nowo, odtworzyć coś w pierwotnej postaci, wznowić, odnowić, sprawić, że ktoś znajdzie się w takiej sytuacji, w takim stanie, w jakim był poprzednio. „Poprawa” to zmiana stanu czegoś na lepsze, poprawienie czegoś, poprawienie się, polepszenie. Zatem dokonując ustalenia, czy dana usługa podlega zwolnieniu od podatku VAT, należy ustalić, czy będzie spełniała wyżej określone warunki.

Jeśli idzie zaś o pojęcie działalności „ściśle związanej” z „opieką szpitalną i medyczną” to jak już wskazano powyżej nie obejmuje ono świadczeń, które nie przedstawiają żadnego związku z opieką szpitalną nad odbiorcami tych świadczeń ani z

opieką medyczną świadczoną ewentualnie na ich rzecz.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że sporna usługa nie może korzystać ze zwolnienia, lecz winna być opodatkowana obowiązującą od dnia 1 stycznia 2011 r. stawką 23%. Wynika to z faktu, iż przedmiotowe usługi nie są usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, ani też ściśle z tym usługami związanymi.

36

Bez wpływu na przedmiotową oceną pozostają twierdzenia Odwołującego, że skoro Przystępujący nie zakwestionował opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności zakwalifikowania spornej usługi do transportu wewnątrzszpitalnego i czynności wykonywanych przy obsłudze pacjenta, co do których Zamawiający wskazał na sposób opodatkowania, to powyższe jest wiążące dla Przystępującego. Truizmem jest twierdzenie, że treść formularza ofertowego nie przesądza o obowiązku podatkowym. Skoro bowiem opodatkowanie określonych czynności czy też zwolnienie ich z opodatkowania ma swoje źródło w przepisach prawa, to właściwe określenie obowiązku podatkowego musi wynikać z ustalenia okoliczności faktycznych mających istotne znaczenie dla zagadnień prawnopodatkowych. Nie sposób zaś przypisać rozstrzygającego znaczenia w kwestii - opodatkowania woli Zamawiającego.

Przede wszystkim zauważenia wymaga, że polskie przepisy ustawy o podatku VAT nie dają jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób powinno zostać opodatkowane świadczenie składające się z kilku elementów. Zagadnienie to nie jest również wprost rozstrzygnięte na gruncie przepisów wspólnotowych. Nie ma określonych normatywnie kryteriów kwalifikujących dane świadczenie jako złożone.

Niemniej jednak orzecznictwo dostrzegło, że w praktyce obrotu gospodarczego zdarzają się świadczenia natury kompleksowej, czyli takie, które nie dają się w prosty sposób zaklasyfikować do danej kategorii, bowiem składają się z kilku pojedynczych świadczeń. W związku z tym, w każdym przypadku dla określenia skutków podatkowych transakcji złożonych należy badać, czy mamy do czynienia z kompozycją świadczenia głównego - dominującego, wzbogaconą jedynie o świadczenia pomocnicze, czy też dostawca realizuje kilka odrębnych i niezależnych świadczeń.

Koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) została wypracowana na gruncie orzecznictwa, które opiera się jedynie na bardzo ogólnych definicjach dostawy i świadczenia usług, a w pozostałym zakresie bazuje na pewnym, wywodzonym ze względów systemowych, podejściu do tego zagadnienia, mającym zagwarantować funkcjonalność systemu podatku od wartości dodanej oraz zachowanie jego związku z realnymi zjawiskami ekonomicznymi.

W przypadku świadczeń złożonych należy odpowiedzieć na pytanie, czy świadczenia te powinny być traktowane jednolicie na gruncie przepisów o podatku VAT, czy też należy je rozdzielić i każde świadczenie z osobna opodatkować stosownie do przewidzianych dla niego regulacji podatkowych. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że każda sytuacja powinna być analizowana indywidualnie, z uwzględnieniem charakterystycznych i istotnych dla niej elementów, z punktu widzenia rozpatrywania istnienia związku pomiędzy

37

poszczególnymi czynnościami i w tym kontekście ewentualnego traktowania ich jako jednej gospodarczej całości (jednego świadczenia).

W tym miejscu należy podkreślić, że co do zasady, towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości, co do wysokości opodatkowania, także powinna być stosowana ta stawka.

Nadal aktualny pozostaje pogląd, wyrażony m.in. w wyroku z dnia 9 czerwca 2000 r., sygn. akt I SA/Ka 2367/98, w którym stwierdzono, że: "Treść art. 18 ust. 1, jak i brzmienie niektórych innych przepisów ustawy z 1993 r. o VAT, nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że ustawodawca jako regułę określił sytuację, w ramach której stawka tego podatku wynosi 22%. Skoro zaś tak, to winno być poza sporem, że wyjątki od tej reguły nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Jeśli więc w stosunku do danego rodzaju towarów i usług

nie zostało wyraźnie określone w przepisach szczególnych, iż ma do niego zastosowanie niższa stawka podatkowa, to tego rodzaju towar lub usługa podlegają opodatkowaniu 22% stawką podatku". Ogólne reguły konstrukcyjne podatku, a także brzmienie przepisów ustawy oraz stosownych regulacji dyrektywy potwierdzają, że stawka 22% (w latach 2011-2014 - 23%) ma charakter podstawowy i zasadniczy. Wynika to zresztą z samej jej nazwy - "stawka podstawowa" (ang. *standard rate*)".

W ocenie Izby, w szczególności warto wskazać na tezę, którą uwypuklił TS UE w wyroku C-251/05 *Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*, zgodnie z którą należy dać prymat ochronie zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kilku dostaw jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego. Każde odstępstwo od zasadniczej stawki podatku od towarów i usług winno być zatem interpretowane ściśle i ta ogólna zasada musi być brana bezwzględnie pod uwagę przy ocenie okoliczności konkretnej sprawy.

Ochrona tej zasady została także zaakcentowana w stanowisku Rzecznika Generalnego w tej sprawie, co znalazło wyraz w twierdzeniu, że "szósta dyrektywa ustanawia, niezależnie od określonych opcji dostępnych dla państw członkowskich, wyczerpujący katalog transakcji zwolnionych lub opodatkowanych według obniżonej stawki podatkowej. Jej celem jest zharmonizowanie w jak największym stopniu opodatkowania VAT i wyłączenie w ten sposób zakłócenia konkurencji".

Należy więc przyjąć, że w związku z charakterem stawki podstawowej, stawki obniżone (preferencyjne) mają charakter wyjątkowy. Wynika z tego, że za słuszny należy uznać pogląd, zgodnie z którym ciężar dowodu co do możliwości objęcia danej czynności stawką obniżoną ciąży na podatniku dokonującym tej czynności (podobnie NSA w wyroku z dnia 6 maja 1998 r., sygn. akt III SA 381/97).

38

Obszernie Trybunał zajął się problemem świadczeń złożonych w wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 *Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise*, w którym stwierdził, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług, obejmujące kilka części składowych, należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2 (1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Trybunał wskazał, że pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej.

Z powyższego wyroku nie płyną jednak wyraźne wskazówki, co do tego, od którego momentu podział danego świadczenia, obejmującego z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę, byłby sztuczny. Trybunał zaakcentował "ekonomiczny punkt widzenia" oraz ocenę z perspektywy nabywcy. Z treści powołanego wyroku wynika, że TSUE położył duży nacisk na subiektywne kryteria przy ocenie danego świadczenia jako złożonego, jednakże wnioski, co do kwalifikacji danego kompleksu zdarzeń gospodarczych jako świadczenia złożonego, nie mogą być pozbawione waloru obiektywnego albowiem zakres i sposób opodatkowania świadczenia nie może być zależny jedynie od woli stron transakcji. Stąd w pierwszym rzędzie Trybunał odwołał się do art. 2 (1) VI Dyrektywy, wedle którego każde świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Sąd wskazał, że jeśli dana transakcja składa się z szeregu świadczeń i czynności należy uwzględnić wszystkie okoliczności, w jakich jest dokonywana rozpatrywana transakcja.

Z kolei w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 *Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën*, Trybunał wskazał, że art. 2 (1) VI Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że (...) jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta,

rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (...).

39

Wobec powyższego należy przyjąć, że nie będzie mieć charakteru kompleksowego taki zestaw świadczeń, których połączenie miałoby charakter działania sztucznego. W tym kontekście, za świadczenia odrębne należy więc uznać świadczenia wykonywane przez jednego świadczącego na rzecz jednego nabywcy, które nawet jeżeli są w pewien sposób powiązane, mogą być traktowane rozłącznie, a traktowanie to nie wpłynie na charakter żadnego z nich ani też nie sprawi, że wartość świadczeń z punktu widzenia nabywcy będzie inna, niż gdyby świadczenia te były uznane za świadczenie złożone.

W wyroku I FSK 869/10 Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że "łączyć poszczególne dostawy czy świadczone usługi w jedno świadczenie nie można zapominać, że zasadą ustawową jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług. Rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma więc charakter wyjątkowy. W stanie faktycznym sprawy istotne jest także to, że uznanie kompleksowości świadczenia skutkować będzie zastosowaniem do usług opodatkowanych podstawową stawką, stawki obniżonej. Tak szerokie, jak proponuje to Spółka, zaakceptowane przez Sąd I instancji postrzeganie związku pomiędzy świadczeniami kwalifikującego je do jednolitego świadczenia złożonego mogłoby skutkować naruszeniem zasady konkurencji, przez stosowanie zwolnień podatkowych lub preferencyjnych stawek VAT do dostaw czy usług objętych, co do zasady stawką podstawową."

Warto odnotowania jest również stanowisko NSA zaprezentowane w wyroku z dnia 17 grudnia 2013 r., sygn. akt: I FSK 122/13: „Okoliczność, że wyposażenie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego działania wyrobu medycznego nie jest wystarczającym uzasadnieniem do objęcia preferencyjną stawką podatku towaru, który nie posiada specjalnego przeznaczenia wytwórcy do stosowania z wyrobem medycznym i ma charakter standardowego towaru dostępnego w obrocie. Towar ten może być przedmiotem dostawy przez każdy inny podmiot, bez uszczerbku dla prawidłowego działania i funkcjonalności wyrobu medycznego. Specjalistyczny sprzęt medyczny, stanowiący wyrób medyczny w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, ze swej istoty stanowi urządzenie zaawansowane technicznie, dla którego prawidłowego funkcjonowania mogą być potrzebne inne urządzenia, które występują też osobno w obrocie gospodarczym. Faktycznym przeznaczeniem towarów, które w tej sprawie są zaliczane do "wyposażenia dodatkowego" jest z reguły nie tylko pełnienie funkcji pomocniczych w stosunku do wyrobu medycznego – trudno zatem uznać dostawę tych towarów za obiektywnie związaną ekonomicznie z tą konkretną dostawą. Słusznie zwraca uwagę organ podatkowy, że za świadczenie odrębne należy uznać świadczenia wykonywane przez jednego podatnika na rzecz jednego nabywcy, które nawet jeżeli są w pewien sposób powiązane, to mogą być traktowane rozłącznie, a traktowanie to nie wpłynie na charakter żadnego z nich, ani też nie sprawi, że wartość świadczenia z punktu widzenia nabywcy będzie inna, niż gdyby świadczenie te byłyby

40

uznane za świadczenia złożone. Charakter towarów które zalicza skarżąca do wyposażenia dodatkowego, tj. zestaw komputerowy, dysk twardy, monitor, drukarka, mysz, klawiatura, reduktor azotu, karta video, wspornik do montażu aparatu, lampa RTG, materace, pasy stabilizujące, wkłady piankowe i zestawów gąbek do stabilizacji pacjenta, pozwala na świadczenie tych przedmiotów niezależnie od dostawy samego wyrobu medycznego. Są to towary potrzebne do właściwego działania wyrobu medycznego, ale nic nie stoi na przeszkodzie aby dostawa tych towarów odbyła się niezależnie (samodzielnie) od wyrobu medycznego."

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż domaganie się przez Odwołującego uznania spornej usługi za usługę pomocniczą względem pozostałych usług świadczonych przy pacjencie, a służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia nie znajduje uzasadnienia. W ocenie Izby, na tym tle w żadnym razie nie można mówić o kompleksowości świadczenia. Po pierwsze z tej przyczyny, że nie sposób transportu zwłok uznać za usługi nierozzerwalnie

związane z opieką medyczną nad pacjentem. Po drugie zaś, jedynie na tyle ścisły związek pomiędzy świadczeniami, których rozdzielenie byłoby na tyle trudne lub nieuzasadnione ze względu na ten nierozzerwalny charakter, upoważnia do zastosowania konstrukcji świadczenia kompleksowego. Jeżeli jednak dokonanie podziału jest możliwe, to winna znaleźć zastosowanie reguła podstawowa, zgodnie z którą każde świadczenie opodatkowane jest odrębnie, według stawek wynikających z przepisów prawa.

Reasumując stwierdzić należy, iż Izba nie dostrzega, aby wskazywane przez Odwołującego usługi były na tyle ściśle powiązane, iż uzasadnione byłoby postrzeganie tej usługi jako jednej całości, ze względu na nierozzerwalne powiązania między przedmiotowymi usługami. Wręcz przeciwnie, rozdzielenie tych usług jest nie tylko możliwe, ale i uzasadnione. Traktowanie zaś rzeczonych usług oddzielenie zapewni zaś przestrzeganie zasady odrębności opodatkowania każdego ze świadczeń odrębnie.

Dostrzeżenia również wymaga, że przedłożona przez Odwołującego indywidualna interpretacja podatkowa nie jest wiążąca dla Izby.

Nie zasługują na aprobatę i te twierdzenia Odwołującego, że ewentualnie właściwe byłoby opodatkowanie spornej usługi stawką 8%. Zgodnie bowiem z art. 146a pkt 2 ustawy w zw. z art. 180 załącznika nr 3 do tej ustawy, usługi pogrzebowe wraz z dostawą trumien, urn i utensyliów pogrzebowych dostarczanych wraz z trumną lub urną (PKWiU 96.03) opodatkowane są według wskazanej stawki. Odwołujący nie dostrzega jednak, że sporne usługi nie mieszczą się w kategorii usług, na które wskazuje Odwołujący. Transport zwłok wykonywany na terenie szpitala nie stanowi bowiem elementu usług pogrzebowych.

41

Analogiczną ocenę należy zastosować wobec twierdzenia Odwołującego, że sporna usługa mieści się w grupowaniu PKWiU 49.39 transport lądowy pasażerski, gdzie indziej niesklasyfikowany. W świetle postanowień SIWZ nie budzi wątpliwości, jaki charakter ma sporna usługa. Transport zwłok wykonywany na terenie szpitala, w ocenie Izby, nie może być zaliczony do usług transportu pasażerskiego.

Reasumując stwierdzić należy, że wobec powyższego brak podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Na tle tak zarysowanego sporu nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Przystępujący wycenił sporną usługę w ramach usług pomocniczych przy pacjencie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Okoliczność, że Przystępujący opodatkował sporną usługę, choć Zamawiający wskazywał, że jest ona objęta zwolnieniem od podatku VAT, nie może być rozpatrywana w kategorii niezgodności oferty z treścią SIWZ, wola Zamawiającego w tym zakresie nie może mieć rozstrzygającego znaczenia, o czym była mowa wyżej. Zwolnienie od podatku przysługuje bowiem określonym czynnościom z mocy samego prawa. Nie jest tutaj istotny zamiar podatnika co do ewentualnego objęcia czynności podatkiem.

3. Zaniechanie odtajnienia treści niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Dersław.

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Z przytoczonych przepisów należy odcodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiedzie ona bezwzględnego prymatu.

Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma

węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W

42

przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie konieczność zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 powołanej ustawy, w istocie tak należy zakwalifikować.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z definicją zawartą w powołanym przepisie, rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o charakterze technicznym, organizacyjnym, lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Oznacza to, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli zaistnieją łącznie trzy następujące przesłanki: 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W przedmiotowej sprawie kluczowe znaczenie ma rozstrzygnięcie, czy informacje zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w istocie taki przymiot posiadają. Izba dokonując badania w tym zakresie przede wszystkim wzięła pod uwagę treść zawartych informacji w piśmie z dnia 14 października 2014 r. Na podstawie dokonanego badania rodzaju informacji zawartych w tym piśmie Izba nie stwierdziła żadnych informacji noszących znamiona art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jest informacji mających wartość gospodarczą.

W ocenie Izby, aby informacja była chroniona to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa, a nie być zmienną kalkulacyjną obliczaną na użytek każdego kolejnego postępowania. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu, stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku, np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty. Zdaniem Izby, informacja posiadająca wartość gospodarczą to taka, która ma np. wpływ na wycenę przedsiębiorstwa, jest istotna z punktu widzenia zdobycia kolejnego zamówienia.

Podkreślić należy, że po to jest instytucja wyjaśniania podejrzeń co do rażąco niskiej ceny, aby wykonawcy wyjaśnili nie tylko zamawiającemu, ale również konkurentom, jakie stawki i parametry tworzą zaoferowaną cenę, czy są one realne, czy służą tylko spekulacji uzyskania zamówienia. Pokazanie samych stawek jednostkowych nie naraża wykonawcy na

43

utrata przychodów czy zdradę tajemnicy, co do źródła tych stawek. Stawki jednostkowe same w sobie nie powinny być chronione. Mogą być chronione co najwyżej informacje co do źródeł tych stawek.

Analiza treści wyjaśnień stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny są na tyle ogólne, że w żadnym razie nie identyfikują Przystępującego i sposobu kalkulacji ceny oferty. Informacje tam zawarte w istocie mogłyby się stać elementem wyjaśnień każdego z wykonawców, mają bowiem na tyle uniwersalny charakter. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że tego rodzaju informacje mają dla Przystępującego taką wartość gospodarczą, że ich ujawnienie może przynieść Przystępującemu wymierną szkodę i osłabić jego pozycję na rynku.

W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp należało uznać za uzasadniony.

4. Odrzucenie oferty Konsorcjum Dersław z uwagi na rażąco niską cenę.

Wystąpienie przez Zamawiającego do Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Domniemanie to ma charakter wzruszalny, gdyż Wykonawca może je obalić poprzez złożenie wyjaśnień pozwalających Zamawiającemu ocenić czy zaoferowana cena jest rażąco niska.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeżeli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny. Wyjaśnienia powinny być szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Lista czynników, będących podstawą oceny wyjaśnień, przewidziana przez art. 90 ust. 2 Pzp jest listą przykładową i nie stanowi zbioru zamkniętego. Zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.

Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również, w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze.

Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też

44

złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają – w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. *Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej* [tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06].

Powyższe determinuje wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie tutaj nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W różnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych środków produkcji, a tym samym inne nakłady [elementy cenotwórcze] będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej warunków nie spełniają wyjaśnienia, które złożone zostały przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego należało uznać za nazbyt ogólne i niepozwalające na przesądzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji.

Za takim wnioskiem przemawiają ogólne formuły powyższego wyjaśnienia, nawiązujące do nieskonkretyzowanych okoliczności a także fakt, że nie sposób na podstawie tak dokonanych wyjaśnień wywieść, w jaki sposób skalkulowano elementy cenotwórcze, a także, w jaki sposób zasygnalizowane przez Przystępującego w wyjaśnieniach okoliczności przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Zwrócić trzeba uwagę, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie posiada stopień zorganizowania, zasoby, które

Wyjaśnienia Przystępującego, z uwagi na ich ogólny charakter, nie pozwalają zatem stwierdzić powodów, dla których cena jego oferty tak dalece odbiega od ofert innych wykonawców, a także wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT [przy ogólnej, znacznej rozpiętości cen zaoferowanych w postępowaniu] jak również, jak tę cenę skalkulowano.

Podanie przez Przystępującego okoliczności, które mogą dotyczyć każdego z wykonawców bez uzasadnienia, w jaki sposób te okoliczności przekładają się na cenę powoduje, że Zamawiający w żaden sposób nie ma możliwości weryfikacji przedstawionych danych. Wymienienie zaś elementów cenotwórczych i określenie poziomu cen tych elementów również nie daje podstaw do stwierdzenia, czy przedmiotowa kalkulacja jest wiarygodna, została przygotowana z należytą starannością, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań Zamawiającego i możliwości realnego wykorzystania okoliczności właściwych dla Przystępującego a mających wpływ na cenę oferty.

Raz jeszcze należy podkreślić, że Przystępujący winien obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. Sprostanie temu zadaniu nie może zaś ograniczać się do podania przez Przystępującego ogólnych i w żaden sposób nieweryfikowalnych przez Zamawiającego okoliczności.

Finalnie uznano, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - wymienił elementy kalkulacyjne ceny i wykazał, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej.

5. Odrzucenie oferty Konsorcjum Dersław z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż złożenie oferty przez Konsorcjum Dersław stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i z tych powodów, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oferta Konsorcjum Dersław podlega odrzuceniu. Odwołujący nie wykazał, że motywem działania Przystępującego jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku. Zwrócić należy uwagę, że nie jest możliwe przyjmowanie pewnego automatyzmu, że oferowanie niskich cen nie jest elementem walki konkurencyjnej a nacechowane jest jedynie chęcią wyeliminowania danego przedsiębiorcy z rynku.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący:

.....

.....