Sygn. akt: KIO 2241/23
Sygn. akt: KIO 2264/23

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2023 r., w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **„IZAN +" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** (sprawa o sygn. akt KIO 2241/23)

B.w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **EVER Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, EVER Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** (sprawa o sygn. akt KIO 2264/23)

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich Sp. z o.o.**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **EVER Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, EVER Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2241/23
po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala oba odwołania;

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie „IZAN +" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (sprawa o sygn. akt KIO 2241/23)oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EVER Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, EVER Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sprawa o sygn. akt KIO 2264/23), i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 2241/23 i KIO 2264/23;

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie „IZAN +" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi na rzecz zamawiającego Szpitala Miejskiego w Siemianowicach Śląskich Sp. z o.o. kwotę4 270 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty od pełnomocnictwa (sprawa o sygn. akt KIO 2241/23);

2.3.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EVER Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, EVER Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Szpitala Miejskiego w Siemianowicach Śląskich Sp. z o.o. kwotę3 634 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty od pełnomocnictwa (sprawa o sygn. akt KIO 2264/23).

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia
- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:…….

Sygn. akt: KIO 2241/23
Sygn. akt: KIO 2264/23

UZASADNIENIE

Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich Sp. z o.o.(dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie
łzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Świadczenie usług zapewniających stan sanitarno-higieniczny w Szpitalu Miejskim w Siemianowicach Śląskich Sp. z o.o. w szczególności wykonywanie czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i pozostałych pomieszczeniach; numer referencyjny: SZM/DZ/340/07/2023
ej „postępowanie" lub „zamówienie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 2 maja 2023 r. pod numerem: 2023/S 085-261176.

W dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **„IZAN +" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Naprzód Hospital Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** (dalej „odwołujący 1") do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,zostało wniesione odwołanie wobec czynności
i zaniechań zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, polegających na: odrzuceniu oferty odwołującego 1, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp; odrzuceniu oferty odwołującego 1 jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z naruszeniem przepisów ustawy Pzp; wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia "NIRO" Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie oraz "ROTUR" Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu (dalej „Konsorcjum NIRO"), jako oferty najkorzystniejszej; zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum NIRO (sprawa o sygn. akt KIO 2241/23).

Odwołujący 1 zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez nieprawidłowe odrzucenie oferty odwołującego 1
   z powodu błędu w obliczeniu ceny lub kosztu w ofercie, a to ze względu na zastosowanie przez odwołującego 1 zwolnienia z podatku od towarów i usług, podczas gdy zamawiający błędnie wskazuje na konieczność zastosowania w stosunku do pozycji formularza cenowego w poz. 3 i 4 - Strefa IIB i III - stawki podatku 23%;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez nieprawidłowe odrzucenie oferty odwołującego
   1 z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to przez rzekome podwójne skorzystanie z preferencyjnych możliwości zastosowania zwolnienia, a co za tym idzie obniżenie wartości oferty, podczas gdy odwołujący 1 prawidłowo zastosował
   w ofercie zwolnienie z podatku od towarów i usług;
3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum NIRO, podczas gdy zamawiający błędnie nie wziął pod uwagę przy ocenie ofert oferty odwołującego 1, którą odrzucił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;
4. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez przyznanie ofercie złożonej przez Konsorcjum NIRO maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert pn. „jakość", podczas gdy przedstawiony przez tych wykonawców wraz z ofertą certyfikat ISO 9001 w obszarze utrzymania czystości/ porządku lub równoważny dotyczy wyłącznie „NIRO" Sp. z o.o.,
   a ponadto wykonawcy ci oświadczyli w formularzu ofertowym, że część zamówienia polegającą na wykonaniu usług utrzymania czystości wykona „NIRO" Sp. z o.o., a część polegającą na wykonaniu usług pomocniczych przy pacjencie wykona „ROTUR"
   Sp. z o.o., zaś zamawiający w wyjaśnieniach do specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ") oświadczył, że aby uzyskać maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium, wszyscy wykonawcy, którzy będą realizowali umowę, muszą się wykazać przedmiotowym certyfikatem;
5. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NIRO, podczas gdy oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż wykonawcy ci zastosowali cenę właściwą dla usługi wykonywanej wyłącznie raz na kwartał w odniesieniu do wartości za jeden miesiąc, przez co nie sposób stwierdzić, o jaką stawkę wykonawcom ostatecznie chodziło;
6. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum NIRO, podczas gdy zamawiający błędnie nie wziął pod uwagę przy ocenie ofert oferty odwołującego 1, którą błędnie odrzucił.

Podnosząc powyższe, odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego 1; unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NIRO; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert pozostałych w postępowaniu.

Odwołujący 1, na potwierdzenie swoich zarzutów, wskazał na następującą argumentację.

Uzasadniając zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w pierwszej kolejności wskazał, że oferta odwołującego 1 nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Przypomniał, że w pkt IV załącznika nr 1 do SWZ zamawiający wymagał od wykonawcy wykonywania czynności pomocniczych przy pacjencie. W formularzu asortymentowo
-cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ wykonawcy mieli podać właściwą stawkę podatku VAT dla danej strefy, wyodrębnionej przez zamawiającego. Pierwotnie formularz asortymentowo-cenowy zawierał 8 pozycji, w tym z podziałem na strefy IIA, IIB i III.

W dniu 18 maja 2023 r. zamawiający ogłosił, że dokonuje modyfikacji SWZ, w tym załącznika nr 2 i 3, gdyż odstępuje od ujęcia zamówienia jako usługi kompleksowej
ze zdefiniowaną stawką podatku VAT w wysokości 23 %, na rzecz umożliwienia wykonawcom wpisania stawki podatku VAT, właściwej dla danych usług składających się na przedmiot zamówienia. W tym miejscu odwołujący 1 zacytował oświadczenie zamawiającego, zawarte
w treści modyfikacji SWZ: Biorąc pod uwagę powyższą modyfikację zamawiający uwzględnia w załączniku nr 3 pozycję, zawierającą wskazanie kwoty ryczałtowej za czynności pomocnicze, będące w związku z usługami medycznymi w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i pozostałych pomieszczeniach. Stawka ta winna być tak skalkulowana, aby była obliczona do m^2 powierzchni objętej usługą w strefach IIB i III czyli wyłącznie w strefach, gdzie przebywają pacjenci, w stosunku do których usługa może być wykonana. Powyższe rozwiązanie wynika z faktu, iż w trakcie realizacji zamówienia dochodzi do zmian powierzchni w związku z włączeniami części pomieszczeń albo zawieszeniem pracy niektórych komórek, co skutkuje zmianami zakresu powierzchni sprzątanych a także brakiem pacjentów w stosunku do których mogą być wykonywane czynności pomocnicze. Stąd, jeżeli jakaś powierzchnia zostanie wyłączona ze sprzątania np. z uwagi na remont nie będzie tam również pacjentów i wtedy wynagrodzenie wykonawcy będzie wyliczone zgodnie
z powierzchnią, na której faktycznie świadczy usługę.

Odwołujący 1 zaznaczył, że konsekwencją opisanej wyżej modyfikacji SWZ była zmiana treści formularza, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ. Pojawiła się w nim pozycja
nr 9, zawierająca wyżej wskazany, wyodrębniony ryczałt. Zamawiający, na obecnym etapie postępowania, dokonuje nadinterpretacji ww. modyfikacji, twierdząc w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego 1, iż poprzez powyższe miał intencję zaznaczenia, że tylko
w ramach pozycji nr 9 zmienionego załącznika nr 3 do SWZ, wykonawca może zaoferować stawkę podatku od towarów i usług właściwą dla czynności pomocniczych przy pacjencie (objętych zwolnieniem z podatku).

Tymczasem, z wyżej przytoczonego w całości oświadczenia zamawiającego, dotyczącego modyfikacji formularza, wynika jednak jedynie odejście od przyjęcia usługi kompleksowej (która uzasadniałaby zastosowanie jednej, a nie wielu różnych stawek podatku) oraz wyodrębnienie pozycji formularza z powodu braku stałości obsługiwanej powierzchni. Nie jest tak jak twierdzi zamawiający, że zwolnieniu podatkowemu podlegają wyłącznie czynności pomocnicze wskazane w pozycji nr 9.

Stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe, z następujących powodów:
po pierwsze, bezspornym jest, że tzw. czynności pomocnicze będą wykonywane w strefie IIB i III, czyli tam, gdzie przebywają pacjenci - fakt potwierdzony przez zamawiającego
w modyfikacji SWZ z dnia 18 maja 2023 r. Nie budzi wątpliwości zamawiającego również,
iż właściwym dla wykonywania czynności pomocniczych jest zastosowanie zwolnienia podatkowego. Myli się jednak zamawiający uznając, że zastosowanie zwolnienia podatkowego jest dopuszczalne wyłącznie w pozycji 9 załącznika nr 3 do SWZ. Dokonany przez zamawiającego podział czynności na tzw. pomocnicze w ramach strefy IIB i III oraz inne czynności we wskazanych strefach jest sztuczny i niczym nieuzasadniony. Nie jest właściwe wyodrębnienie ww. czynności, albowiem wszystkie czynności wykonywane w strefie IIB i III mają ten sam charakter i cel, tj. stworzenie bezpiecznych i higienicznych warunków pacjentom. Jak słusznie wskazał odwołujący 1 w złożonych w dniu 20 czerwca 2023 r. wyjaśnieniach, czynności wykonywane w strefie IIB i III podlegają zwolnieniu na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej jako „VAT"), który brzmi następująco: 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 zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza. Stanowisko odwołującego 1 potwierdza interpretacja ogólna nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29

grudnia 2017 r. w sprawie zakresu zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r., poz. 1221), tj. zwolnienia od podatku usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawy towarów i świadczenia usług ściśle z tymi usługami związanych, świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza. W myśl tej interpretacji, zwalnia się od podatku VAT czynności, o których mowa
w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy o VAT, a polegające na: W ramach powyższego procesu konieczne jest wykonanie wielu czynności, z których część może być również
- i w praktyce często jest - wykonywana przez podmioty zewnętrzne. Spośród tych czynności te, które spełniają warunki do uznania ich za usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, tj. stanowią nieodzowny element działalności placówek, świadczących taką opiekę, podlegają zwolnieniu z VAT na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT. Dla zastosowania wskazanego zwolnienia nie ma w szczególności znaczenia, czy dana czynność jest fizycznie wykonywana w obecności konkretnego pacjenta (lecz jej nieodzowność z punktu widzenia zapewnienia należytej opieki pacjentom). Wśród takich usług można przykładowo wymienić: wsparcie pielęgniarek lub salowych w opiece nad pacjentami przy wykonywaniu czynności higienicznych i pielęgnacyjnych - w tym związanych z potrzebami fizjologicznymi pacjentów (m.in. pomoc przy ubieraniu, karmienie, przewijanie, rozdawanie posiłków, transport pościeli i ścielenie łóżek szpitalnych, usuwanie pojemników z wydzielinami), monitorowanie stanu pacjentów, transport pacjentów na terenie placówki medycznej, pomoc w przygotowaniu do operacji lub zabiegu (zmiana odzieży i obuwia, oraz inne czynności niezbędne do przeprowadzenia procedur medycznych), przygotowanie pomieszczeń i przedmiotów niezbędnych do operacji i zabiegów medycznych (sprzątanie i dezynfekcja pomieszczeń, sterylizacja narzędzi, stołów operacyjnych, pojemników i innych przedmiotów, czynności związane z przygotowywaniem leków), asystowanie podczas operacji lub zabiegu (ubieranie zespołu medycznego, podawanie sterylnych pakietów), czynności związane z gospodarką bielizną i odzieżą szpitalną oraz pościelą (jej zmiana, transport wewnątrzszpitalny, pranie), zapewnienie odpowiedniego wyżywienia pacjentów, czynności związane z gospodarką odpadami szpitalnymi (ich usuwanie i transport wewnątrzszpitalny), transport wewnątrzszpitalny przedmiotów używanych w procesie opieki medycznej (narzędzi, materiałów i pojemników do badań, krwi i materiałów krwiopochodnych, wyników badań, łóżek, wózków, materacy), czynności administracyjne (przyjęcie do placówki medycznej, wywiad medyczny - w tym pomoc w wypełnianiu kwestionariuszy, wypisanie z placówki medycznej). Wskazać również należy, że warunek świadczenia czynności na terenie podmiotu leczniczego sprowadza się w istocie do tego, że są one faktycznie wykorzystywane (w ramach świadczenia usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia) na terenie tych podmiotów (np. dostawa wyżywienia dla pacjentów przebywających na terenie szpitala, 8 nawet, gdy zostało ono przygotowane poza tym terenem, odbiór odzieży i pościeli szpitalnej wykorzystywanej przez pacjentów oraz dowóz czystej odzieży i pościeli szpitalnej dla pacjentów przebywających na terenie szpitala, nawet, gdy jej pranie zostało wykonane poza terenem szpitala). W kontekście powyższego należy podnieść, że pomimo wyodrębnienia pozycji nr 9 formularza stanowiącego załącznik nr 3
do SWZ stawki ryczałtowej dla strefy IIB i III, nie zmienia to faktu, że czynności wykonywane w tych strefach mają taki sam charakter i cel do tych wyodrębnionych, i jako takie również podlegają zwolnieniu z VAT.

Stawkę podatku VAT należy dostosować do charakteru wykonywanych usług a nie, jak tego chce zamawiający, do dokonanego sztucznie podziału. Zamawiający dokonuje uproszczenia wskazując, że inne czynności nieokreślane jako stricte czynności pomocnicze przy pacjencie to zwykle sprzątanie. Nic bardziej mylnego. To, jak upraszcza zamawiający „sprzątanie", jest nieodzowne do zapewnienia należytej opieki pacjentom. W pkt. VII załącznika nr 1 do SWZ zamawiający wymienia sprzęt, który podlega myciu i dezynfekcji. Dla strefy IIB i III przewidziano m.in. następujące czynności: dezynfekcja końcowa łóżek, stolików przyłóżkowych, krzeseł po każdym pacjencie; stojaki do kroplówek; wózki do przewożenia chorych po każdym pacjencie; baseny i kaczki, miski nerkowate i do mycia chorych; stoły operacyjne po każdym pacjencie; łóżka porodowe - po każdym porodzie; łóżka w OIT i stoliki przyłóżkowe; stoły zabiegowe po każdym pacjencie; stoły do przewijania noworodków po każdym noworodku. Z całą pewnością ww. czynności, czyli mycie i dezynfekcja, czy jak określa to zamawiający po prostu „sprzątanie" jest nieodzowne do zapewnienia należytej opieki pacjentom i ma ten sam charakter i cel co stricte czynności pomocnicze przy pacjencie.

Skoro w strefie IIB i III przebywają pacjenci, to wszystkie wykonywane w tych miejscach czynności, są nieodzowne do zapewnienia im odpowiednich warunków sanitarnych a skoro tak, to w konsekwencji wszystkie te czynności muszą być objęte jednolitą stawką podatku VAT. Nie jest możliwe wykonywanie czynności pomocniczych przy pacjencie, jeżeli nie zostanie zapewnione odpowiednie środowisko do ich wykonywania w postaci zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków. Nie ma różnicy co do charakteru i celu między czynnościami wskazanymi w pkt IV i w pkt VII załącznika nr 1

do SWZ. Wystarczy porównać powyższy katalog z pkt VII z katalogiem z pkt IV, który odwołujący 1 wymienił: a) myciu i dezynfekcji łóżek (po wypisie lub zgonie pacjenta); b) myciu i dezynfekcji wózków do przewożenia chorych, wózków zabiegowych, itp.; c) myciu i dezynfekcji sprzętu medycznego (pod nadzorem personelu medycznego); d) czynności higienicznych (w szczególności czyszczeniu i dezynfekcji otoczenia pacjentów, dezynfekcja środowiska szpitalnego); e) pomocy przy przebieraniu łóżek, zmianie pościeli (w przypadku pomniejszonej obsady personelu medycznego); f) odbieraniu od pacjentów basenów, kaczek, misek nerkowatych, misek do mycia (w przypadku pomniejszonej obsady pielęgniarskiej); g) myciu i dezynfekcji basenów, kaczek, misek od pacjentów, obsługa myjek-dezynfektorów na oddziałach (zamawiający zapewnia przeszkolenie oraz środek zmiękczający stosowany w myjkach); h) przygotowaniu odzieży ochronnej i ułożenie na półkach w śluzie dla personelu tj: bluzy, spodnie, buty gumowe na bloku operacyjnym i sali cięć cesarskich; i) przygotowaniu śluzy bloku operacyjnego i sali cięć cesarskich (przygotowanie odzieży wielorazowej i jednorazowej); j) mycie i dezynfekcja obuwia gumowego na bloku operacyjnym i sali cięć cesarskich; k) nadzoru nad bielizną w bloku operacyjnym, sali cięć cesarskich oraz w oddziałach szpitalnych (kontrola ilości wydawanej i odbieranej); l) myciu i dezynfekcji lodówek na korytarzach oraz w gabinetach w obecności pielęgniarki/ położnej; m) myciu kuchenki oddziałowej i naczyń po wydawaniu posiłku; n) zbieraniu naczyń po posiłkach - mycie kubków chorego; o) przygotowaniu brudnej bielizny i odzieży do transportu na zewnątrz, w workach do tego przeznaczonych; p) przygotowanie i opis worków z odpadami medycznymi przed składowaniem i przed wydaniem. Jak widać, wymienione czynności są tożsame co do charakteru - służą zapewnieniu bezpiecznych i higienicznych warunków dla pacjenta. Zamawiający sam wskazał w modyfikacji SWZ z 18 maja 2023 r., że strefy IIB i III to te, w których stale przebywają pacjenci. Każda zatem czynność mająca na celu profilaktykę, zachowanie, ratowanie, przywracanie lub poprawę zdrowia, a także każda czynność ściśle z nią związana, jest czynnością, o której mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a VAT.

Z przywołanej wyżej interpretacji ogólnej oraz orzecznictwa sądów administracyjnych wynika zaś, że w szczególności mogą to być właśnie takie czynności, jak obsługa pościeli i bielizny szpitalnej, czyszczenie łóżek, stołów zabiegowych, utrzymanie w czystości i opróżnianie kaczek i basenów na wydzieliny itp. Taki charakter mają też czynności związane z gospodarką odpadami w placówce leczniczej. Czynności takie jak: mycie i dezynfekcja kaczek, nocników i basenów, mycie i dezynfekcja łóżek po wypisie, mycie narzędzi medycznych, transport odpadów, pomimo, że same nie wchodzą w zakres opieki medycznej (świadczeń podstawowych), to są ściśle z nimi związane, gdyż nie stanowiąc celu samego w sobie, służą należytemu wykonywaniu opieki w stosunku do pacjentów oraz właściwemu przygotowaniu zabiegów (działań) medycznych - tak wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 grudnia 2018r., sygn. akt: I FSK 2118/16).

Nie jest zatem tak, jak twierdzi zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego 1, że część czynności, co do których odwołujący 1 zaoferował zwolnienie z VAT, to „czyste sprzątanie", w stosunku do którego miałaby mieć zastosowanie stawka 23%. Reasumując, decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego 1 jest sprzeczna z powołanymi wyżej przepisami ustawy Pzp.

Bezzasadny, niezrozumiały i sprzeczny z przepisami tejże ustawy jest również zarzut złożenia przez odwołującego 1 oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Jak zostało wykazane powyższej, odwołujący 1 zastosował zwolnienie podatkowe, zgodnie z przepisami prawa podatkowego, a zatem nie może być mowy o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

W dalszej części, uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, odwołujący 1 podnosił, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego 1, zamawiający stwierdził m. in.: Biorąc pod uwagę powyższe została zaoferowana błędna stawka podatku VAT w poz. 3 i 4 dla usługi czynności porządkowych, co spowodowało podwójne skorzystanie z preferencyjnych możliwości zwolnienia, a co za tym idzie znaczące obniżenie wartości oferty co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Bezzasadny, niezrozumiały i sprzeczny z przepisami ustawy Pzp jest zarzut złożenia przez odwołującego 1 oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący 1 zastosował zwolnienie z VAT, podążając za treścią interpretacji ogólnej nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r. oraz orzecznictwem sądów administracyjnych, przytoczonych w uzasadnieniu

zarzutu poprzedzającego. Nie ma tu zatem bezpodstawnych wymysłów podatkowych, które mogłyby być wycelowane w eliminację konkurencji. Finalnie, należy też stwierdzić, że zastosowanie zwolnienia z VAT miało przede wszystkim wpływ na cenę oferty, a ta nie odbiegała w sposób znaczny od pozostałych cen zaoferowanych
w postępowaniu. Zwłaszcza zbliżone były ceny w ofertach wykonawców MATMAX Systemy Sprzątające Majcherek Sp. k. oraz Ever Medical Care Sp. z o.o. i Ever Cleaning Sp. z o.o.
W konsekwencji, nie ma racji zamawiający, wskazując, że odwołujący 1 dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, i odrzucając jego ofertę m. in. z tego powodu.

Z kolei uzasadniając zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, odwołujący 1
w pierwszej kolejności przypomniał zapisy rozdziału XIX SWZ, w których ten w następujący sposób określił kryterium oceny ofert pn. „jakość": KRYTERIUM JAKOŚĆ - 10 pkt. Ocena jakości oferowanych usług dokonywana w oparciu załączony do oferty certyfikat:
a) Zamawiający dokona oceny oferty w tym kryterium na podstawie dołączonego do oferty aktualnego Certyfikatu ISO 9001 w obszarze utrzymania czystości/ porządku lub równoważnego i przyzna punkty według poniższych zasad: Za posiadanie ww. certyfikatu
- zostanie przyznane 10 pkt; Za brak ww. certyfikatu - zostanie przyznane 0 pkt. Uwaga: Wskazany dokument nie podlega uzupełnieniu - w przypadku jego niedołączenia do oferty wykonawca w kryterium „JAKOŚĆ" otrzyma 0 pkt. W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 31 maja 2023 r., w odpowiedzi na pytanie nr 57, zamawiający oświadczył z kolei: Pytanie nr 57
- W związku z kryterium „jakość"- prosimy o informację, czy wykonawca składający ofertę
w konsorcjum uzyska maksymalną ilość punktów jeśli dołączy certyfikat tylko dla jednego
z konsorcjantów? Odpowiedź: Certyfikat ma dotyczyć konsorcjanta, który będzie faktycznie realizował umowę, gdyż tylko wtedy ma on znaczenie z punktu widzenia jakości wykonania usługi.

Odwołujący 1 zauważył, że umowa - a dokładniej jej istotne projektowane postanowienia - stanowią załącznik nr 4 do SWZ. Z jego treści wynika, że dotyczy on wszystkich usług składających się na przedmiot zamówienia. Skoro zamawiający oświadczył zatem, że certyfikat ma dotyczyć tego konsorcjanta, który będzie faktycznie realizował umowę, to należy z tego logicznie rozumieć, że każdy wykonawca, który będzie brał udział w realizacji zamówienia, musi się wykazać takim certyfikatem, aby oferta mogła uzyskać maksymalną ilość punktów w ramach kryterium. Jednocześnie, z powyższego fragmentu SWZ jednoznacznie wynika, że miarodajny do oceny ofert jest wyłącznie certyfikat załączony do oferty - ewentualnie przedłożony później nie ma już żadnego znaczenia dla wyniku oceny.

Tymczasem, Konsorcjum NIRO wraz z ofertą przedłożyło certyfikat, który dotyczy tylko jednego z nich tj. „NIRO" Sp. z o.o. W formularzu ofertowym w pkt. 5.3) wykonawcy
ci oświadczyli zaś, co następuje: 5. Niniejszym oświadczam, że: [...] 3) Oświadczenie wymagane art. 117 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia*: W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub do świadczenia wykonawcy jako wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia polegamy na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z uwagi na powyższe jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia poniżej oświadczamy, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy: Świadczenie usługi utrzymania czystości - „NIRO" Sp. z o.o. Świadczenie usług pomocniczych przy pacjencie - „ROTUR" Sp. z o.o.

Z powyższego wynika, że wykonawcy ci zamierzają się podzielić przy wykonaniu zamówienia. Certyfikat został zaś przedłożony w stosunku do tylko jednego z nich. „ROTUR" Sp. z o.o. będzie zatem realizował umowę, jednakże nie wykazał się certyfikatem, który był podstawą do przyznania maksymalnej liczby punktów w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert. Odwołujący 1 przypomniał w tym miejscu, że zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w dokumentach zamówienia. W myśl ust. 2, najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Gdyby nie błędne przyznanie punktów w ramach komentowanego kryterium, oferta tych wykonawców nie otrzymałaby 100 pkt, lecz co najwyżej 90 pkt, i w konsekwencji nie zajęłaby pierwszego miejsca w wyniku oceny ofert i nie zostałaby wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Odwołujący 1 wskazywał także, że zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy Konsorcjum NIRO. W formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, zawartych jest 9 pozycji, w ramach których każdy wykonawca miał podać cenę według właściwej stawki. Konsorcjum NIRO popełniło błąd
w wypełnieniu komentowanego formularza, który wymyka się zakresowi omyłki rachunkowej. W przypadku pozycji nr 8 - Prosektorium IV - zamawiający przez odnośnik „**" wyraźnie wskazał pod formularzem następujący dopisek: **Prosektorium - 1 raz na kwartał - 8 razy na 24 miesiące. Powyższe odwołujący 1 zrozumiał w ten sposób (i sam

zastosował w swojej ofercie), że należy stawkę miesięczną w ofercie podać jako podzieloną przez 3, skoro czynności w prosektorium mają być wykonywane nie raz w miesiącu, lecz raz na kwartał (czyli 3 miesiące).

Stąd też w kolumnie „wartość netto za 1 miesiąc" odwołujący 1 podał wartość 106,36 zł., czyli stawka kwartalna tj. 319,08 zł., podzielona na 3 miesiące. Widać to wyraźnie, ponieważ 79,77 m^2 pomnożone przez 4 zł. netto nie daje 106,36 zł., tylko 319,08 zł. To oczywiście rzutuje też na pozostałe kolumny formularza w ramach tej pozycji. Sposób liczenia: wartość m^2, pomnożona przez stawkę cenową netto, jest typowa dla przeliczeń z pozostałych pozycji formularza, które dotyczą czynności wykonywanych w każdym miesiącu świadczenia usługi - logicznie rzecz biorąc, nie może on zatem być właściwy dla przeliczenia pozycji nr 8, która dotyczy usługi rozliczanej jedynie raz na kwartał. Tymczasem Konsorcjum NIRO podało w pozycji nr 8 formularza, w kolumnie „wartość netto za 1 miesiąc" stawkę 398,85 zł., co sprawia, że nie sposób stwierdzić, czy wykonawcom tym chodziło rzeczywiście o stawkę miesięczną, czy też kwartalną.

Zdaniem odwołującego 1, zachodzi błąd w obliczeniu ceny w pozycji nr 8, kolumna „wartość netto za 1 miesiąc", co uniemożliwia racjonalną interpretację takiego oświadczenia. Wystarczy porównać z pozycją nr 1, gdzie w stosunku do ilości metrów kwadratowych: 25,23 i przy stawce cenowej netto za m^2 wykonawcy podali 15 zł., podczas gdy w pozycji nr 8

,w stosunku do 79,77 m^2 podali cenę netto za m^2 w kwocie 5 zł., a wartości netto za 1 miesiąc dla obydwu pozycji są bardzo podobne. Zbliżona jest też wartość miesięczna netto w pozycji nr 7, mimo skrajnie odmiennej powierzchni. Wyraźnie widać, że formularz zawiera błąd.

Powyższe nie daje się w jednoznaczny sposób wyjaśnić. Nieznany i nie do odtworzenia jest mechanizm obliczenia ceny w tym zakresie. Nie wiadomo, czy Konsorcjum NIRO
w kolumnie „wartość netto za 1 miesiąc" zamierzało podać cenę za 1 miesiąc, czy też za kwartał (3 miesiące). Nie wiadomo również, czy błąd nie tkwi w pozycji nr 8 w kolumnie „cena netto za m^2" - być może chodziło o stawkę 15 zł netto (czyli taką samą jak w pozycji nr 1 i nr 7, czyli dosyć prawdopodobną), a wtedy logicznie wynikałoby z tego, że w kolumnie „wartość netto za miesiąc" podano kwotę 398,85 zł., przy zastosowaniu tego samego mechanizmu
co odwołujący 1, czyli jako podzieloną przez 3 (byłoby to następujące równanie: 79,77 m^2
x 15 zł. : 3 = 398,85 zł.). Zachodzi jednak niejednoznaczność w ewentualnej korekcie,
co powoduje, że występuje błąd w obliczeniu ceny i oferta tych wykonawców powinna zostać odrzucona.

Odwołujący 1 wskazał także na naruszenie przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do Konsorcjum NIRO. Podkreślił, że niniejszy zarzut ma charakter wynikowy. Skoro zamawiający błędnie odrzucił ofertę odwołującego 1, nieprawidłowa jest też czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Konsorcjum NIRO - zamawiający powinien był wziąć pod uwagę przy ocenie ofert ofertę odwołującego 1, a w związku z najkorzystniejszym bilansem ceny i innych kryteriów oceny ofert - wybrać właśnie ofertę odwołującego 1, jako najkorzystniejszą.

Swoje odwołanie w postępowaniu wnieśli także w dniu 31 lipca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie **EVER Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą**
w Warszawie, EVER Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie(dalej „odwołujący 2"), wobec czynności zamawiającego podjętych w niniejszym postępowaniu a polegających na: wyborze oferty Konsorcjum NIRO jako najkorzystniejszej, mimo że oferta tego wykonawcy nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą; odrzuceniu oferty odwołującego 2; zaniechaniu dokonania poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego 2; ewentualnie zaniechaniu dokonania poprawy innej omyłki, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty
w ofercie odwołującego 2 (sprawa o sygn. akt KIO 2264/23).

Odwołujący 2 zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył przepisy ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego 2 z uwagi na nieprawidłowe uzupełnienie formularza cenowego, podczas gdy dokonana przez odwołującego 2 omyłka nie stanowi ani o niezgodności z warunkami zamówienia, ani o błędzie w obliczeniu ceny;
2. art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego 2, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było dokonanie działań matematycznych, polegających na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej;

ewentualnie

3. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania poprawy omyłki w formularzu cenowym odwołującego 2, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było dokonanie tej poprawy, mając wszystkie niezbędne ku temu dane i informacje.

W związku z powyższym, odwołujący 2 wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert; dokonania czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego 2; ewentualnie dokonania czynności poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego 2.

Podnosząc powyższe, odwołujący 2 w pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z treścią informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której znajdowało się również uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia jego oferty wskazane zostało, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w powiązaniu z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W jego ocenie zupełnie bezzasadne jest odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż przepis ten stanowi o niezgodności merytorycznej oferty z wymogami (przedmiotem zamówienia), określonymi przez zamawiającego co do istoty przyszłego świadczenia.

Przypomniał, że jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (tak między innymi w wyroku KIO z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 777/23; wyroku KIO z dnia 23 marca 2023 r., sygn. akt KIO 673/23).

Odwołujący 2 wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego na próżno szukać informacji, na czym owa niezgodność miałaby polegać. Innymi słowy który z oferowanych elementów przedmiotu zamówienia jest niezgodny z tym, czego oczekiwał zamawiający. Już tylko z samego tego powodu, odrzucenie złożonej przez niego oferty było bezzasadne.

Niemniej jednak, drugim przepisem przywołanym przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty jest przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp tj. odrzucenie oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego 2 wynikają dwie okoliczności, których zamawiający upatruje w błędzie w obliczeniu ceny:
po pierwsze obliczenie stawki podatku VAT w „podsumowaniu" jako wartość 23 % i, po drugie, złożenie załącznika nr 2 (Formularz oferty) przed zmianami.

Odwołujący 2 podnosił, że stawka podatku VAT w „podsumowaniu" została samodzielnie określona przez zamawiającego. To zamawiający, w wyniku dokonania modyfikacji załącznika nr 3 do SWZ (Formularz cenowy) z dnia 7 czerwca 2023 r., w komórce K17 wprowadził następującą funkcję „=J17*23%". Oznacza to, że zamawiający swoim działaniem wprowadził wymóg dokonania określonego działania matematycznego, tj. przyjęcia finalnej stawki VAT dla całości przedmiotu zamówienia w wysokości 23%. Jeżeli jednak weźmiemy pod uwagę treść rozdziału XVIII SWZ, to dostrzeżemy, że zamawiający jasno wymagał wypełnienia załącznika nr 3 do SWZ (Formularza cenowego). I właśnie w ten sposób określił sposób obliczenia ceny.

Skoro zatem odwołujący 2 zachował się wprost zgodnie z regułami wyznaczonymi przez zamawiającego, to nie może być mowy o tym, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Tak samo sytuacja ma się ze złożeniem oferty na nieaktualnym formularzu ofertowym. Zwrócić należy uwagę, że dodana została wyłącznie następująca fraza: „Powyższa kwota stanowi kwotę łączną razem przeniesioną z Formularza cenowego tj. z załącznika nr 3 do SWZ".
W żaden sposób zmiana ta (a w zasadzie - brak tej informacji w formularzu oferty, złożonym przez odwołującego 2) nie wpływała na zakres oferowanego świadczenia, czy na sposób obliczenia ceny. Z powyższych powodów oferta odwołującego 2 nie powinna zostać odrzucona, ani na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ani na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odnosząc się z kolei do zarzutów naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, odwołujący 2 przywołał ponownie treść uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego 2, w której zamawiający wskazał, że tak dalece poczynione przez wykonawcę omyłki nie pozwalają zamawiającemu na samodzielną ich poprawę, a wskazane w wyjaśnieniach miejsca koniecznych do poprawy popełnionych omyłek, spowodowałaby zmianę treści oferty i dowolność decyzji w zależności od sytuacji, co mogłoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Z tak przyjętym uzasadnieniem nie można się w żaden sposób zgodzić, gdyż jest ono wprost niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz orzecznictwem KIO. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, z oczywistą omyłką rachunkową mamy do czynienia, gdy omyłka wynika z błędnej operacji

rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem, możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu i błąd ten można poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości. By zamawiający mógł poprawić omyłkę rachunkową musi posiłkować się danymi zawartymi w ofercie, poprawa ma bowiem odnosić się do operacji rachunkowej na liczbach, gdzie wynik tej operacji jest nieprawidłowy, natomiast dane podstawione do operacji są znane. Zamawiający musi być
w stanie samodzielnie zidentyfikować, że z oczywistą omyłką rachunkową ma do czynienia (tak wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 16/22). Z kolei w innym wyroku KIO podkreśliła, że: omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia. Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie ani też ich istotność (wyrok KIO z dnia 28 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 414/23).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy odwołujący 2 wskazał, że doszło

do oczywistej omyłki rachunkowej. Po pierwsze, wszystkie wartości (netto, VAT, brutto) dla ceny za 1 m^2 oraz ceny za 1 miesiąc zostały określone w sposób prawidłowy. Również wartości netto za 24 miesiące zostały wskazane w sposób prawidłowy. Jedyne omyłki, jakie występują w formularzu cenowym odwołującego 2 znajdują się w komórce „Razem" dla pozycji „VAT"
w zakresie 24 miesięcy oraz „Razem" dla pozycji „Wartość brutto za 24 miesiące". Jak już zostało wskazane powyżej, omyłki te wynikają z błędu w przygotowanym przez zamawiającego formularzu cenowym. Niemniej jednak, obydwie te omyłki są oczywiste,
a zamawiający ma wszelkie dane do tego, aby je poprawić, zgodnie z poniższymi informacjami: dla komórki „Razem" pozycji „VAT" w zakresie 24 miesięcy wystarczy dodać do siebie (zsumować) wszystkie pozycje (wiersze) w ramach tej kolumny, a nie polegać na błędnie przygotowanym przez zamawiającego formularzu. Kwoty 2.928,84 + 270.575,99 + 232.810,32 + 112.157,47 + 45.852,95 + 3.057,42 + 8.841,83 = 676.224,82 (zamiast 848.668,09). Dla komórki „Razem" pozycji „Wartość brutto za 24 miesiące" wystarczy dodać do siebie (zsumować) wartość netto oraz VAT z wierszy „Razem" dla okresu 24-miesięcznego, po zmianach wartości VAT: 3.689.861,24 + 676.224,82 = 4.366.086,06 2.9. Jak zatem widać z powyższego, zamawiający ma wszelkie dane, aby dokonać poprawy omyłek rachunkowych. A omyłki te wynikają z błędnie przeprowadzonego działania matematycznego. Nie ma innego sposobu, niż ten wskazany powyżej, na przeprowadzenie prawidłowego działania matematycznego w formularzu cenowym, złożonym przez odwołującego 2.

Odwołujący 2 przywołał w tym miejscu orzecznictwo KIO, zgodnie z którym oczywistą omyłką rachunkowa jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu (wyrok KIO z dnia 28 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 414/23). Wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie musiałby on wzywać odwołującego 2 do złożenia wyjaśnień, a odwołujący 2 nie miałby żadnego negatywnego wpływu na uczciwą konkurencję w postępowaniu. Zamawiający, z sobie tylko znanych powodów, zaniechał dokonania poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych. Dlatego też, mając na uwadze powyższe, zamawiający winien dokonać poprawy oczywistych omyłek rachunkowych
w ofercie odwołującego 2.

Odwołujący 2 sformułował także zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp
w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp podkreślając, że jest to zarzut ewentualny. Wynika to z faktu, że odwołujący 2 nie zgadza się z twierdzeniem, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niemniej jednak, jeżeli zamawiający w ten sposób ocenił złożoną przez niego ofertę, to mając na uwadze to, że sam zamawiający przygotował nieprawidłowy formularz cenowy, a odwołujący 2 przedstawił mu wszystkie informacje dotyczące cen za poszczególne elementy, zamawiający winien dokonać poprawy oferty złożonej przez niego w postępowaniu.

Zmiana, w zakresie ceny, jaką miałby dokonać zamawiający, w żadnym wypadku nie jest zmianą istotną. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie KIO, w zakresie stanowiska
co do braku istotności wprowadzonej zmiany wskazać należy, że w świetle art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie ma przeszkód do poprawienia zarówno ceny oferty, która w tym postępowaniu stanowi kryterium oceny ofert i górną granicę finansową, po której osiągnięciu umowa zostaje uznana za wykonaną, jak i cen jednostkowych, które stanowią podstawę rozliczeń między wykonawcą a zamawiającym. Istotności zmiany nie rozpatruje się
w kontekście ewentualnego wpływu na wynik postępowania, czy też wpływu na essentialia negoti przyszłej umowy

(wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3400/22).

Dokonując poprawy formularza cenowego odwołującego 2, zamawiający w żaden sposób nie ingerowałby w treść zaoferowanego świadczenia, a musiałby dokonać wyłącznie banalnie prostych działań matematycznych. Dlatego też, zamawiający winien dokonać poprawy omyłek w ofercie odwołującego 2.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołań, wzywając do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego przystąpili: wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie **NIRO Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie, ROTUR Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu** (w sprawie o sygn. akt: KIO 2241/23, KIO 2264/23); **EVER Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, EVER Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** (w sprawie o sygn. akt: KIO 2241/23) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie **"IZAN+" Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie; Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** (w sprawie o sygn. akt: KIO 2264/23).

Izba, mając na uwadze treść przepisu art. 525 ustawy Pzp, nie uwzględniła przystąpień zgłoszonych przez wykonawcę Konsorcjum NIRO stwierdzając, że osoba, która podpisała pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie wykazała umocowania do działania w imieniu podmiotu aspirującego do miana uczestnika tego postępowania. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez Prezesa zarządu spółki NIRO Sp. z o.o., co wynika z załączonego do przystąpienia odpisu z KRS. Zgłaszający przystąpienie nie załączył jednak żadnego dokumentu z którego wynikałoby umocowanie dla tej spółki do działania w imieniu Konsorcjum. Wskazać należy, że o ile niezałączenie do wniesionego odwołania pełnomocnictwa jest brakiem formalnym podlegającym uzupełnieniu, o tyle analogiczna sytuacja w przypadku przystąpienia do postępowania odwoławczego uzasadnia odmowę nadania wykonawcy statusu przystępującego. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji uzupełniania braków formalnych przystąpienia do postępowania odwoławczego, ta bowiem znajduje zastosowanie w ściśle określonych sytuacjach, jedynie w odniesieniu do odwołania (patrz art. 518 ustawy Pzp).

Izba, mając na uwadze treść art. 525 ustawy Pzp, nie dopuściła do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2264/23, odwołującego 1. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z tym przepisem wykonawcy mogą zgłaszać swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępują i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępują. Warunkiem skutecznego przystąpienia jest doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Izby, oraz przesłania jego kopii zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Jak ustalił skład orzekający na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, w sprawie o sygn. akt KIO 2264/23, zamawiający poinformował wykonawców o wniesionym odwołaniu 1 sierpnia 2023 r. Odwołujący 1 swoje przystąpienie doręczył Prezesowi KIO w dniu 11 sierpnia 2023 r., a zatem z uchybieniem ustawowego terminu, o którym stanowi cytowany przepis. Wprawdzie odwołujący 1 podnosił, że podejmował próby doręczenia zgłoszenia przystąpienia za pośrednictwem e-puap z zachowaniem ustawowego terminu, jednakże na posiedzeniu nie dysponował i nie przedstawił składowi orzekającemu żadnego dowodu, który uprawdopodobniłby, że miało to miejsce i, że przesłanie pisma było niemożliwe przez cały ten czas (tj. od 4 sierpnia br. kiedy upływał termin na zgłoszenie przystąpienia do 11 sierpnia br. kiedy zgłoszenie to wpłynęło do Prezesa KIO).

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości jako bezzasadnych.

Na posiedzeniu w dniu 16 sierpnia 2023 r., odwołujący 1 złożył do akt sprawy pismo procesowe, w których zaprezentował swoje stanowisko w sprawie KIO 2241/23.

Swoje stanowisko w sprawie KIO 2241/23 zaprezentował także odwołujący 2 w piśmie z 14 sierpnia 2023 r., jako przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią wniesionych odwołań, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem procesowym zaprezentowanym w złożonych pismach, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie

do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołujących się wykonawców przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez nich legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że ich interes we wniesieniu odwołań przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożyli swoje oferty w postępowaniu i ubiegają się o udzielenie zamówienia. Odwołujący zarzucają, że gdyby nie działania i zaniechania zamawiającego w tym postępowaniu, oferta każdego z nich mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Niesłuszne odrzucenie ofert złożonych przez odwołującego 1 i odwołującego 2 z postępowania powoduje, że nie mają oni szansy na uzyskanie zamówienia. Odwołujący 1 podnosi ponadto, że oferta wybrana przez zamawiającego, złożona przez Konsorcjum NIRO, podlega odrzuceniu i, w konsekwencji, nie powinna zostać wybrana w tym postępowaniu. Szkoda odwołujących polega na tym, że w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, nie mają oni szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a tym samym na osiągnięcie spodziewanego zysku z jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów, załączone do pism procesowych i składane na rozprawie, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na okoliczności wskazywane przez strony.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale III SWZ jestŚwiadczenie usług zapewniających stan sanitarno-higieniczny w Szpitalu Miejskim w Siemianowicach Śląskich Sp. z o.o. w szczególności wykonywanie czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i pozostałych pomieszczeniach, zgodnie z załącznikami do specyfikacji: (a) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ; (b) Wykaz stref sanitarnych zgodnie z załącznikiem nr 1A do SWZ; (c) Metraż pomieszczeń zgodnie z załącznikiem nr 1B do SWZ; (d) Wykaz urządzeń - minimum potencjału technicznego zgodnie z załącznikiem nr 1C do SWZ.

W Rozdziale IV - Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych zamawiający wskazał, żew celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w Załączniku nr 1 do SWZ zamawiający żąda, by wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe: (a)Aktualny Certyfikat ISO 9001 w obszarze utrzymania czystości / porządku lub równoważny (fakultatywnie w przypadku, gdy wykonawca chce uzyskać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert „Jakość"), przy tym w uwadze zastrzegł, że przedmiotowe środki dowodowe wykonawca składa wraz z ofertą. Zamawiający zaakceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli będą one potwierdzały,

że oferowane usługi spełniają wymagania określone w Załączniku nr 1 do SWZ.

W Rozdziale IX - Dokumenty i oświadczenia wymagane w postępowaniu zamawiający wskazał, że wykonawca wraz z ofertą (Formularzem ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ) składa (1.1) Formularz cenowy oferowanego przedmiotu zamówienia, sporządzony zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWZ. (Uwaga: Formularz cenowy stanowi integralną część oferty i nie podlega uzupełnieniu).

W opisie zawartym w Rozdziale XVIII, zamawiający wskazał w jaki sposób należy obliczyć cenę oferty. Zgodnie z zawartymi tam wytycznymi wykonawca, w Formularzu ofertowym - Załączniku nr 2 do SWZ, miał podać wartość brutto i wartość netto za realizację całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z kalkulacją cenową zawartą w Załączniku nr 3 - Formularzu cenowym oferowanego przedmiotu zamówienia, stanowiącym integralną część oferty. Zgodnie z uwagą: Zamawiający w Załączniku nr 3 wymaga wskazania cen za poszczególne produkty (wyceny wszystkich pozycji wymienionych w Załączniku nr 3 do SWZ). Łączna cena za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sumę wszystkich pozycji wymienionych w Załączniku nr 3 do SWZ. Dalej zamawiający zaznaczył, że podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Zawarta w ofercie cena zawiera również koszty montażu, szkolenia i świadczenia usług gwarancyjnych. Wyceny należy dokonać w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ, z uwzględnieniem warunków i wymogów opisanych w Załącznik nr 1 do SWZ. Wyklucza się możliwość roszczeń wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny. Skutki finansowe błędnego obliczenia ceny wynikające z nieuwzględnienia wszystkich okoliczności,

które mogą mieć wpływ na cenę obciążają wykonawcę. Cena ofertowa musi być podana w złotych polskich (PLN) do drugiego miejsca po przecinku. Jeżeli trzecia cyfra po przecinku jest mniejsza niż 5 to druga cyfra po przecinku nie ulega zmianie, natomiast, jeżeli trzecia cyfra po przecinku jest równa 5 lub większa to drugą cyfrę po przecinku należy zaokrąglić w górę.

Kryteria oceny ofert zostały opisane w Rozdziale XIX SWZ. Zamawiający podał,
że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się następującymi kryteriami i ich wymogami: Cena (C) - 80 %; Termin płatności (TP) - 10 %; Jakość (J) - 10 %. W kryterium jakość wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 10 pkt. Ocena jakości oferowanych usług dokonywana była w oparciu o załączony do oferty Certyfikat ISO 9001 w obszarze utrzymania czystości / porządku lub równoważny a punkty miały być przyznane według poniższych zasad: za posiadanie ww. certyfikatu - zostanie przyznane 10 pkt; za brak ww. certyfikatu - zostanie przyznane 0 pkt. zamawiający zastrzegł, że wskazany dokument nie podlega uzupełnieniu
- w przypadku jego niedołączenia do oferty, wykonawca w kryterium „JAKOŚĆ" otrzyma 0 pkt.

Izba ustaliła ponadto, że treść SWZ była przedmiotem wyjaśnień, na treść SWZ wniesione zostało także odwołanie, przy tym dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania istotne jest, iż zamawiający pierwotnie określił usługę sprzątania jako kompleksową, narzucając
w formularzu cenowym oraz ofertowym jednolitą stawkę podatku VAT dla tej usługi tj. 23 %. W związku z wniesionym odwołaniem od treści SWZ oraz po przeanalizowaniu podniesionych tam kwestii, zamawiający w dniu 22 maja 2023 r. uwzględnił odwołanie (sprawa toczyła się pod sygn. akt KIO 1328/23), w części dotyczącej stawki podatku VAT 23% dla całości usługi
i dokonał w tym zakresie modyfikacji SWZ. Zamawiający, w piśmie z 18 maja 2023 r. poinformował, że modyfikuje specyfikację warunków zamówienia w zakresie Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ oraz Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, poprzez odejście od usługi kompleksowej ze zdefiniowaną stawką podatku Vat w wysokości 23 % na rzecz umożliwienia wykonawcom wpisania stawki podatku VAT właściwej dla danych usług składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający wykreśla z wyżej wskazanych dokumentów zapis dotyczący określonej stawki podatku Vat w wysokości 23% pozostawiając tym samym możliwość zaoferowania stawki podatku Vat zróżnicowanej w zależności od charakteru usługi, przez co w każdym punkcie specyfikacji, w tym również załącznikach, gdzie Zamawiający użył wyrazu „Kompleksowa usługa", zamawiający odstępuje od tego sformułowania. Biorąc pod uwagę powyższą modyfikację zamawiający uwzględnia w załączniku nr 3 pozycję zawierającą wskazanie kwoty ryczałtowej za czynności pomocnicze, będące w związku z usługami medycznymi w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i pozostałych pomieszczeniach. Stawka ta winna być tak skalkulowana, aby była obliczona do m2 powierzchni objętej usługą w strefach IIB i III czyli wyłącznie w strefach gdzie przebywają pacjenci w stosunku do których usługa może być wykonana. Powyższe rozwiązanie wynika z faktu, iż w trakcie realizacji zamówienia dochodzi do zmian powierzchni w związku z włączeniami części pomieszczeń albo zawieszeniem pracy niektórych komórek, co skutkuje zmianami zakresu powierzchni sprzątanych a także brakiem pacjentów w stosunku do których mogą być wykonywane czynności pomocnicze. Stąd, jeżeli jakaś powierzchnia zostanie wyłączona ze sprzątania
np. z uwagi na remont nie będzie tam również pacjentów i wtedy wynagrodzenie wykonawcy będzie wyliczone zgodnie z powierzchnia, na której faktycznie świadczy usługę. Jednocześnie zamawiający zaznacza, że czynności pomocnicze nie mogą zostać wycenione na wartość przewyższającą 50 % wartości ceny za m2 wykonywania usługi podstawowej jaką jest utrzymanie stanu higieniczno - sanitarnego pomieszczeń zamawiającego, albowiem to ta właśnie usługa jest usługą podstawową, czynności pomocnicze mają znaczenie jedynie wspomagające, co potwierdza jednoznacznie OPZ. W załącznikach zamawiający przekazał wykonawcom zmodyfikowane wersje załącznika stanowiącego załącznika nr 2 Formularz ofertowy do SWZ oraz załącznika nr 3 do SWZ Formularza cenowego. Zaznaczył, że składając ofertę należy posłużyć się zmodyfikowaną wersją wskazanych i dołączonych do niniejszego pisma załączników. Ponadto zamawiający zmodyfikował zapis dotyczący przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w Rozdziale IV SWZ. Zgodnie z zapisami specyfikacji warunków zamówienia przedmiotowe środki dowodowe wykonawca składa wraz z ofertą. Złożenie przedmiotowego środka dowodowego jest fakultatywne, ze względu na fakt, że stanowi on dokument podlegający kryterium oceny ofert. Z uwagi na to zamawiający nie będzie wzywał do jego uzupełnienia w przypadku jego braku w ofercie wykonawcy.

W piśmie z 31 maja 2023 r. zamawiający odpowiadając na pytanie nr 57 o treści:
W związku z kryterium „jakość" prosimy o informację, czy wykonawca składający ofertę
w konsorcjum uzyska maksymalną ilość punktów jeśli dołączy certyfikat tylko dla jednego z konsorcjantów ?, udzielił odpowiedzi: Certyfikat ma dotyczyć konsorcjanta, który będzie faktycznie realizował umowę, gdyż tylko wtedy ma on znaczenie z punktu widzenia jakości wykonania usługi. W odpowiedzi na pytanie nr 151: Prosimy o potwierdzenie, że

wykonawca kalkulując cenę w formularzu cenowym zał. 2 do SWZ, w kolumnach: 3 (cena netto za m2) i 5 (cena brutto za m2) podaje cenę za jeden dzień realizacji usługi na powierzchni 1m2, natomiast w kolumnie 9 (Wartość netto za 1 miesiąc) przyjmuje, że miesiąc ma 30 dni i musi pomnożyć cenę z kolumny 3 (Cena netto za m2) razy 30, zamawiający odpowiedział: Zamawiający informuje, że zgodnie z informacjami podanymi w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ wykonawca podaje cenę netto i brutto za 1 m^2, która przemnożona przez liczbę m^2 daje wartość netto i analogicznie brutto za 1 miesiąc usługi.
W kolumnach 11 i 12 wykonawca przemnaża kolumnę 9 i 10 (wartość netto i brutto) przez liczbę miesięcy tj. 24 co daje wartość netto i brutto w okresie trwania umowy tj. za 24 miesiące.

W terminie wyznaczonym jako termin składania ofert, oferty złożyło sześciu wykonawców, w tym odwołujący 1, odwołujący 2 oraz Konsorcjum NIRO.

Konsorcjum NIRO w Formularzu oferty oświadczyło, w pkt 5.3: Oświadczenie wymagane art. 117 ust 4 ustawy Pzp w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Świadczenie usługi utrzymania czystości - NIRO Sp. z o.o.; Świadczenie usług pomocniczych przy pacjencie - ROTUR Sp. z o.o. Do oferty załączony został Certyfikat potwierdzający, że NIRO Sp. z o.o. stosuje Zintegrowany System Zarządzania i spełnia wymagania PN-EN ISO 9001:2015 i PN-EN ISO 14001:2015 w zakresie usług porządkowych i czystości oraz zbiorowego żywienia cateringu.

Pismem z dnia 14 czerwca 2023 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego 1
z wezwaniem do wyjaśnień dotyczących podstaw zastosowanej stawki podatku VAT
w zakresie pozycji Strefa IIB oraz Strefa III. W dniu 20 czerwca 2023 r. ten udzielił wyjaśnień, w których wskazał, że prawidłowo zastosowali w tym przedmiocie zwolnienie z podatku, albowiem wskazane tam czynności podlegają zwolnieniu w myśl interpretacji ogólnej Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r., nr PT1.8101.5.2017.PSG.622. Ponadto, odwołujący 1 powołał się na fakt, że na skutek modyfikacji SWZ zamawiający pozostawił
po stronie wykonawcy ustalenie właściwej stawki podatku VAT dla danych usług składających się na przedmiot zamówienia. Sam zamawiający ponadto wskazał, że czynności medyczne będą wykonywane w strefach II i III, tj. w tych, gdzie przebywają pacjenci. Wszystkie zaś czynności wykonywane w pomieszczeniach należących do strefy IIB i III są czynnościami podstawowymi albo ściśle z nimi związanymi w powyższym rozumieniu i są związane
z procesem świadczeń realizowanych na rzecz pacjenta, co w konsekwencji przesądza
o podstawie do zwolnienia.

W dniu 21 lipca 2023 r. zamawiający poinformował, iż dokonał oceny złożonych ofert przyznając Konsorcjum NIRO 80 pkt w kryterium ceny, 10 pkt w kryterium terminu płatności, 10 pkt w kryterium jakości, łącznie 100 pkt, w wyniku czego oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. W tym samym dniu zamawiający poinformował także, że odrzuca ofertę złożoną przez odwołującego 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Uzasadnił, że wykonawca w Formularzu cenowym wskazał w poz. 3 i 4 tj. Strefa IIB i III stawkę podatku Vat „zw”, podczas gdy zamawiający udzielając wyjaśnień biorąc pod uwagę, że tylko w tych strefach będą występowały dodatkowo czynności tzw. dodatkowe (które mogą zostać objęte stawką „zw”) utworzył odrębną pozycję 9: „Czynności pomocnicze, będące w związku z usługami medycznymi w Strefach IIB, III - wartość ryczałtowa za m2”, którą wykonawca mógł objąć stawką „zw”. W poz. 3 i 4 Formularza cenowego pozostała usługa sprzątania, dla której zgodnie z odrębnymi przepisami została ustalona stawka podatku w wysokości 23 %. Przypomniał, że wykonawca został wezwany do udzielenia wyjaśnień, w których potwierdził jedynie i uzasadnił możliwość zastosowania stawki podatku Vat „zw” dla czynności pomocniczych nie biorąc pod uwagę faktu, że wyceniając usługę w poz. 3 i 4 tj. Strefa IIB i III dwukrotnie naliczył stawkę „zw”, a nie jak powinien tylko w wydzielonej na tą okoliczność poz. 9. Czynność sprzątania nie jest czynnością pomocniczą dla usługi czynności pomocniczych wobec pacjenta, a jest dokładnie odwrotnie, usługa sprzątania jest w postępowaniu usługą główną, zatem usługa ta obejmująca poz. 3 i 4 nie może korzystać ze zwolnienia z podatku VAT. Biorąc pod uwagę powyższe została zaoferowana błędna stawka podatku Vat w poz. 3 i 4 dla usługi czynności porządkowych, co spowodowało podwójne skorzystanie
z preferencyjnych możliwości zwolnienia, a co za tym idzie znaczące obniżenie wartości oferty co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W sytuacji kiedy zamawiający nie narzucił
w formularzu cenowym określonej stawki podatku VAT, a tak było w tym przypadku
po modyfikacji formularza i wydzieleniu poz. czynności pomocnicze przy pacjencie, zamawiający nie może poprawić pomyłki w zakresie stawki podatku VAT, szczególnie
w sytuacji jeżeli formularz i oferta są niespójne i mogą budzić wątpliwości, co do faktycznych zamiarów wykonawcy co do wysokości zaoferowanej stawki.

Zamawiający odrzucił także ofertę odwołującego 2, powołując się na przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazując, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
w powiązaniu z art. 226 ust. 1 pkt 10 ww. ustawy Pzp tj. zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. W uzasadnieniu tej czynności wskazał, że wykonawca w Formularzu cenowym wskazał w poz. 9 stawkę podatku Vat „zw", podczas gdy w podsumowaniu wyliczył dla wszystkich pozycji stawkę podatku Vat w wysokości 23 %. Dodatkowo do oferty przedłożył Załącznik nr 2 - Formularz oferty przed zmianami, które wprowadził zamawiający modyfikacją. W wyniku tego błędu w złożonym Formularzu oferty pozostała stawka podatku Vat
w wysokości 23 % dla całości realizacji usługi, podczas gdy w Formularzu cenowym wykonawca wskazał łączną cenę usługi z obliczoną 23 % stawką podatku Vat, a w ostatnim wierszu Formularza cenowego wskazał stawkę „zw". Tak dalece poczynione przez wykonawcę omyłki nie pozwalają zamawiającemu na samodzielną ich poprawę, a wskazane w wyjaśnieniach miejsca koniecznych do poprawy popełnionych omyłek spowodowałaby zmianę treści oferty i dowolność decyzji w zależności od sytuacji, co mogłoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący 1 i odwołujący 2 nie zgodzili się z decyzją zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz decyzją o odrzuceniu złożonych przez nich ofert, i wnieśli swoje odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że wniesione odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

w sprawie o sygn. akt KIO 2241/23

Na wstępie, biorąc pod uwagę treść zarzutów, należy przywołać przepisy ustawy Pzp, które znajdą zastosowanie w rozpoznawanej sprawie.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakazuje odrzucenie oferty, jeśli ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z przepisem art. 226 pkt 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi natomiast, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący 1 wskazywał na naruszenie powyższych przepisów ustawy Pzp, podnosząc z jednej strony, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty podjęta została z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 i pkt 10, z kolei wybrana oferta podlega odrzuceniu, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, a dodatkowo przyznana Konsorcjum NIRO punktacja
w kryterium „jakość" była zawyżona.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do przesłanek wskazanych przez zamawiającego, które leżały u podstaw jego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego 1 przypomnieć należy, co nie budzi wątpliwości, że stawka podatku VAT jest elementem cenotwórczym, i wpływa na porównywalność ofert. Zarówno orzecznictwo sądowe, jak
i Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie przyjmuje, że wskazanie błędnej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. Jak wynika z treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11: Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki. Tym samym, konsekwencją wskazania
w ofercie błędnej stawki podatku VAT jest odrzucenie oferty takiego wykonawcy.

Przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie było zatem ustalenie czy stawka podatku VAT, wskazana w ofercie odwołującego 1 była właściwa, czy też została naliczona błędnie, a w konsekwencji mogła stanowić podstawę do odrzucenia oferty.

W tym miejscu należy podkreślić, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie ustala prawidłowości stawki VAT w taki sposób, jak czynią to organy podatkowe, od których podatnik może uzyskać indywidualną informację podatkową i wiążącą informację stawkową (WIS). Jak czytamy na stronie, wiążąca informacja stawkowa i interpretacja indywidualna to dwie odrębne instytucje prawne, obsługiwane przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Interpretacje indywidualne funkcjonują od 2007 r., natomiast decyzje WIS są wydawane od 2019 r. Przepisy prawa podatkowego określają różne tryby postępowania w celu uzyskania WIS i interpretacji indywidualnych. Odmienny jest także zakres podmiotowy i przedmiotowy obu tych instytucji. W efekcie inna jest też procedura wydawania WIS i interpretacji indywidualnych. Do wydawania WIS stosuje się art. 42a – 42i ustawy o VAT , jak również przepisy działu IV Ordynacji podatkowej, z wyłączeniem rozdziałów 17, 18, 19 i 20. Natomiast w zakresie wydawania interpretacji indywidualnych stosuje się przepisy art. 14b-14s Ordynacji podatkowej. W celu uzyskania kompleksowej informacji dotyczącej podatku VAT, obejmującej zarówno stawkę, jak i inne elementy konstrukcyjne podatku, np. wyeliminowanie obowiązku

zastosowania zwolnienia czy ustalenie podstawy opodatkowania, konieczne jest złożenie zarówno wniosku ORD-IN, aby otrzymać interpretację indywidualną (w zakresie np. wyeliminowania lub zastosowania zwolnienia oraz ustalenia podstawy opodatkowania), jak i wniosku WIS-W, aby otrzymać WIS (w zakresie stawki podatku VAT).

Organy podatkowe są więc wyłącznie właściwe do wydawania wiążących informacji w zakresie stawki VAT, z kolei rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest jedynie ocena prawidłowości przyjętej w ofercie stawki podatku VAT w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie. Izba zatem ocenia czy wskazana w ofercie stawka VAT jest właściwa, mając na uwadze opisany przedmiot zamówienia, zakres czynności, które są wyceniane przez wykonawcę, a także w oparciu o dowody przedłożone przez strony postępowania. W konsekwencji nie mogą stanowić podstawy dla ustalenia właściwej stawki podatku VAT wnioski płynące z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że dla danego przedmiotu zamówienia in abstracto (np. dla określonych usług ściśle związanych z usługami opieki medycznej) określona stawka VAT jest prawidłowa.

Izba wydaje bowiem, o czym przesądza art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydaje swoje orzeczenia indywidualnie, w każdej sprawie, na podstawie ustalonego stanu faktycznego, w tym mając na uwadze określone zapisy w dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążące wyłącznie dla stron postępowania odwoławczego, i ostatecznie może okazać się, że prawidłowa stawka VAT, ustalona jako wiążąca dla danego przedmiotu zamówienia przez właściwe organy podatkowe jest inna, niż ta, która ustalona została na podstawie materiału dowodowego, złożonego przez strony postępowania odwoławczego.

Mając na względzie powyższe, przedmiotem rozpoznania Izby w niniejszej sprawie było czy odwołujący 1 prawidłowo przyjął, że możliwe jest zastosowanie zwolnienia podatkowego także w przypadku czynności opisanych w poz. 3 i 4, dla stref IIB i III, podobnie jak to ma miejsce w przypadku czynności pomocniczych opisanych w poz. 9.

Kluczowym dla udzielenia odpowiedzi na powyższe pytanie jest treść SWZ oraz konstrukcja załączników do niej, w których to dokumentach zamawiający w sposób precyzyjny określił przedmiot zamówienia, konsekwentnie też wskazując, że przedmiotem umowy jest przede wszystkim wykonywanie czynności sprzątania pomieszczeń szpitalnych, zaś czynności pomocnicze przy pacjencie stanowią jedynie uzupełnienie tej czynności podstawowej w niektórych strefach. Przypomnienia wymaga, że w treści SWZ, przed dokonaniem zmian będących wynikiem uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1328/23, zamawiający przewidział, że usługa sprzątania, jako kompleksowa, podlega opodatkowaniu jednolitą, podstawową stawką podatku VAT dla tej usługi - 23 %. Z kolei w związku z wniesionym odwołaniem, dotyczącym treści SWZ, oraz po przeanalizowaniu podniesionych tam kwestii, zamawiający w dniu 22 maja 2023 r. uwzględnił odwołanie w części dotyczącej stawki podatku VAT 23% dla całości usługi i dokonał w tym zakresie modyfikacji SWZ zarówno w zakresie Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, jak też Formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, poprzez odejście od usługi kompleksowej ze zdefiniowaną stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23 %, na rzecz umożliwienia wykonawcom samodzielnego określenia stawki podatku od towarów i usług, właściwej dla danych usług składających się na przedmiot zamówienia. Co istotne zamawiający w Formularzu cenowym wyodrębnił i dodał pozycję, w której wykonawca miał możliwość dokonania wyceny kosztów usług pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi w Strefach IIB i III, poprzez wskazanie wartości ryczałtowej za 1 m^2 (tylko strefy gdzie są pacjenci). Wyodrębnienie tej pozycji i opisanie zakresu usług, które podlegały wycenie w poz. 9, wskazuje, że celem zamawiającego było umożliwienie tym wykonawcom, którzy spełniają warunki niezbędne do zakwalifikowania tych usług jako zwolnionych z VAT - wprowadzenie takiego zwolnienia. Przy tym zastosowanie zwolnienia możliwe było wyłącznie dla usług wyodrębnionych w tej pozycji Formularza cenowego.

Izba nie podzieliła twierdzeń odwołującego 1, że dokonana przez zamawiającego zmiana treści SWZ, co miało wynikać z treści pisma kierowanego do wykonawców z 18 maja 2023 r., polegała wyłącznie na tym, że zamawiający zrezygnował z określenia usług będących przedmiotem zamówienia jako usługi kompleksowej, ze zdefiniowaną stawką podatku VAT - 23 %. Zamawiający bowiem nie tylko odszedł od określenia jednej 23 % stawki, ale celowo wydzielił dodatkową pozycję w Formularzu cenowym, aby w ramach tej właśnie pozycji wykonawca miał możliwość wycenić czynności pomocnicze przy pacjencie, będące usługą dodatkową do usługi sprzątania, a które to w określonych okolicznościach korzystają z preferencyjnej stawki podatku VAT. To, że w poz. 9 wyodrębniona miała zostać zaledwie część usług, potwierdza treść pisma zamawiającego z 18 maja 2023 r., w którym na stronie 2 zaznaczył, że czynności pomocnicze nie mogą zostać wycenione na wartość przewyższającą 50% wartości ceny za 1 m^2 wykonywania usługi podstawowej jaką jest utrzymanie stanu higieniczno - sanitarnego pomieszczeń zamawiającego, albowiem to ta właśnie usługa jest usługą podstawową, zaś czynności pomocnicze mają znaczenie jedynie wspomagające,

co potwierdza jednoznacznie OPZ.

Dokonana przez zamawiającego wyżej wskazana modyfikacja SWZ, jak też właściwych formularzy (cenowego i ofertowego), jednoznacznie wskazywała jaki zakres czynności mieści się w poszczególnych pozycjach Formularza cenowego i, w konsekwencji jaką stawkę VAT należy doliczyć w tych pozycjach. I tak, nie budziło wątpliwości, że poz. 3 - Strefa IIB oraz poz. 4 - Strefa III dotyczyły usług sprzątania, bez usług pomocniczych przy pacjencie (2919,60 m^2), z kolei poz. 9 zastrzeżona została dla usług pomocniczych dodatkowo (2919,60 m^2). W konsekwencji dla zakresu opisanego w poz. 3 i 4 wykonawcy winni zastosować stawkę VAT podstawową, a w przypadku usług opisanych w poz. 9 właściwe było zastosowanie stawki preferencyjnej.

Nieprawidłowe zatem było działanie odwołującego 1, który stawkę preferencyjną - zwolnienie z VAT zastosował także dla poz. 3 - Strefa IIB oraz dla poz. 4 - Strefa III, na równi z tą jaką przewidział dla poz. 9 pomimo, że dotyczyły one tych samych stref, różniących się w ramach danej pozycji wykonywaną usługą (poz. 3 i 4 pow. 2919,60 m^2 - usługa sprzątania z kolei poz. 9 - 2919,60 m^2 - usług pomocniczych).

Mając na uwadze powyższe, jak też okoliczność, na którą Izba zwróciła uwagę powyżej, a więc fakt, iż w ramach postępowania odwoławczego Izba ustala, czy zamawiający dopuścił się naruszeń przepisów ustawy Pzp, a nie rozstrzyga jaka stawka VAT jest właściwą dla danego zakresu usług, należało stwierdzić, że w rozpatrywanej sprawie zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę odwołującego 1 ze względu na błąd w obliczeniu ceny, ponieważ zastosował on niewłaściwe stawki VAT dla pozycji 3 i 4 w Formularzu cenowym, pomimo jasnej i precyzyjnej instrukcji zamawiającego.

W tym miejscu należy przypomnieć także, że podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wyrażona w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W świetle tej zasady nie można ignorować precyzyjnie opisanych i wyartykułowanych oczekiwań zamawiającego, w tym dotyczących tego jaki zakres, w jakich pozycjach i w jaki sposób wykonawca miał obowiązek wycenić. Z powyższym w tym przypadku związany był też obowiązek naliczenia stawki podatku VAT, właściwej dla wycenianego zakresu usług. Przekazana przez zamawiającego zmiana treści SWZ, dokonana w piśmie z 18 maja 2023 r. była wiążąca dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Tym samym, w ocenie składu orzekającego, wobec wytycznych zamawiającego podanych w piśmie, akceptacja oferty odwołującego 1, w której nie zastosowano się do instrukcji zamawiającego, prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W konsekwencji należało przyjąć, że oferta odwołującego 1, jako że zawierała błąd w obliczeniu ceny, podlegała odrzuceniu.

Odnosząc się z kolei do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zauważyć należy, że zamawiający nie wskazał powyższej podstawy prawnej w swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego 1. Z tych powodów zarzuty sformułowane w odwołaniu, a odnoszące się do twierdzenia zamawiającego, zawartego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty, że podwójne skorzystanie przez niego ze zwolnienia spowodowało znaczące obniżenie wartości oferty, co stanowić ma o tym, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, jako że podstawa prawna nie została w tym zakresie wskazana - nie zasługiwały na uwzględnienie. W tym miejscu należy jedynie powtórzyć, że prawidłowa była decyzja zamawiającego, iż oferta odwołującego 1 podlegała odrzuceniu jako, że zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Odnosząc się z kolei do zarzutów dotyczących błędnej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum NIRO w zakresie, w jakim zamawiający przyznał temu wykonawcy 10 pkt w kryterium „jakość” należy zauważyć, że w SWZ zamawiający przewidział, że wykonawca otrzyma punkty w tym kryterium jeśli posiada i załączy do oferty certyfikat w zakresie obszaru utrzymania czystości/ porządku czyli usługi, która jest główną, podstawową czynnością wykonywaną w ramach zawieranej umowy.

Dodatkowo, odpowiadając na zadane pytanie nr 57 w piśmie z dnia 31 maja 2023 r. wskazał, że w przypadku gdy o zamówienie będzie ubiegało się kilka podmiotów (jako konsorcjum) Certyfikat ma dotyczyć tego konsorcjanta, który będzie faktycznie realizował umowę, gdyż tylko wtedy ma on znaczenie z punktu widzenia jakości wykonania usługi. Wywodzenie z treści odpowiedzi, że użycie słowa „umowa” wskazuje na to, że Certyfikat posiadać muszą wszystkie podmioty realizujące całość umowy - jest nadinterpretacją odwołującego 1. Gdyby przyjąć sposób rozumowania odwołującego 1, to powyższe prowadziłoby do wniosku, że niezależne od tego jaki zakres realizował będzie dany podmiot, to i tak wszyscy konsorcjanci muszą okazać stosowny Certyfikat, aby otrzymać punkty w kryterium „jakość”, i to niezależnie od tego jaki zakres będą realizować w ramach zawartej z zamawiającym umowy.

Nie budzi wątpliwości, gdyż wynika to z treści złożonego przez Konsorcjum NIRO oświadczenia w Formularzu oferty, że realizacja umowy w zakresie czynności utrzymania czystości/ sprzątania należała będzie do konsorcjanta: NIRO Sp. z o.o. W załączniku nr 2

- Formularzu ofertowym, w pkt 5.3 złożono następujące oświadczenie, wymagane art. 117 ust 4 ustawy Pzp w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Świadczenie usługi utrzymania czystości - NIRO Sp. z o.o.; Świadczenie usług pomocniczych przy pacjencie - ROTUR Sp. z o.o.

Tym samym odpowiedzialnym za zakres dotyczący usług utrzymania czystości w ramach Konsorcjum NIRO był wykonawca NIRO Sp. z o.o., który posiada Certyfikat ISO 9001 w obszarze utrzymania czystości/ porządku i który dołączył wymagany dokument do oferty. W konsekwencji zamawiający trafnie przyznał Konsorcjum NIRO 10 pkt w kryterium „jakość", co skutkuje uznaniem, że zarzuty w tym zakresie należało oddalić.

Nie sposób także zgodzić się za zarzutem, że Konsorcjum NIRO popełniło błąd wypełniając Formularz cenowy w poz. nr 8 - Prosektorium IV, biorąc pod uwagę sformułowanie pod tabelą: ** Prosektorium - 1 raz na kwartał - 8 razy na 24 miesiące.

Zaznaczyć należy, że cytowany zapis stanowił dla wykonawców informację w zakresie częstotliwości wykonywania powyższej usługi.

Odwołujący próbuje narzucić narrację dotyczącą tego, jak powinno się podejść do Formularza cenowego złożonego przez Konsorcjum NIRO, jednakże prezentowane przez niego podejście nie wynika ani z postanowień SWZ, czy też z wyjaśnień treści SWZ udzielonych przez zamawiającego, ani z samej treści Formularza cenowego.

Odwołujący 1 kwestionując sposób obliczenia ceny nie wskazuje nawet jakie działania matematyczne zostały błędnie dokonane. Z kolei analiza treści złożonego przez Konsorcjum NIRO Formularza cenowego prowadzi do wniosku, że działania te zostały prawidłowo przeprowadzone, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego tj. cena brutto za m^2 wyliczona została poprzez przemnożenie ceny netto za m^2 przez ilość; wartość brutto za 1 miesiąc wyliczona prawidłowo. Analogicznie wartość netto na 24 miesiące i wartość brutto na 24 miesiące została obliczona poprzez pomnożenie wartości netto i brutto x 24 miesiące. Nie sposób było w treści Formularza cenowego dopatrzeć się żadnego błędu, na którego istnienie wskazywał odwołujący 1.

W konsekwencji zarzut ten podlegał oddaleniu, jak pozostałe, podnoszone w odwołaniu zarzuty.

w sprawie o sygn. akt KIO 2264/23

Biorąc pod uwagę zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu, na wstępie przypomnienia wymaga treść przepisów ustawy Pzp, istotnych dla rozpoznania sprawy.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (2) przejrzysty; (3) proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie:
#x200e(1) oczywiste omyłki pisarskie; (2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; (3)inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W orzecznictwie i w doktrynie podnosi się, iż mówiąc o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, chodzi o niezgodność oferty z jakimikolwiek merytorycznymi warunkami, zarówno co do przedmiotu, jak też sposobu realizacji zamówienia opisanych w dokumentach zamówienia. Przy czym chodzi tu o inne przypadki niż błędy w obliczeniu ceny albo też omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (przesłanki odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 10 i 11. Przesłanka ta nie obejmuje również błędów formalnych. Do odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia może dojść wyłącznie wówczas, gdy oferta jest niezgodna z nimi w sposób zasadniczy i nieusuwalny, zaś zamawiający jednoznacznie potrafi stwierdzić, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego celu. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dostrzeżenia wymaga, że przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dalej należy wskazać, że intencją ustawodawcy, wprowadzającego przepis art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, było

umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne takich ofert, które choć są obarczone nieistotnymi wadami, będących wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, to jednak mogą zostać skorygowane, zgodnie z zasadami opisanymi w przepisie. Podkreślić należy, że chodzi tutaj jednak o wady nieistotne, a nie o takie zmiany, które prowadzić będą do zmiany treści oferty, niezgodnie z intencją wykonawcy składającego oświadczenie woli.

Jak definiuje się w doktrynie oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu i błąd ten można poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 703).

Jak ponadto podkreśla się w orzecznictwie KIO, ważne jest dla możliwości dokonania takiej poprawy to, aby zamawiający miał pewność, w jaki sposób poprawić omyłkę rachunkową. Aby zatem móc dokonać poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, zamawiający powinien mieć w treści oferty wszelkie informacje umożliwiające jednoznaczne ustalenie faktu, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne. Jeśli dane do poprawienia omyłki nie były zawarte w treści oferty, a odwołujący dokonuje dopiero ich obliczenia na skutek zgłoszonych wątpliwości zamawiającego, to trudno uznać, aby była to omyłka, którą zamawiający mógłby poprawić (por. Wyrok KIO z 22 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1662/ 21). Tym samym w sytuacji, gdy możliwe jest poprawienie omyłki na kilka sposobów, co ma wpływ na podaną cenę oferty, zamawiający nie może decydować o tym, w jaki sposób poprawić omyłkę. Wówczas konieczne staje się odrzucenie oferty ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Inną kategorią omyłek, które zamawiający może poprawić w ofercie, są tzw. inne omyłki. Ustawodawca przyjął, że wszelkie omyłki, które nie stanowią omyłek pisarskich ani rachunkowych, oraz polegają na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, mogą być poprawione jako inne omyłki. Warunkiem zatem koniecznym dla ich poprawienia jest ustalenie, że do takiej niezgodności doszło. A contrario, omyłki nieskutkujące taką niezgodnością nie mogą być poprawione. Przy czym może chodzić zarówno o merytoryczną, jak i formalną niezgodność z dokumentami zamówienia.

Przypomnieć należy także, że zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwem, poprawy omyłki jako innej można dokonać wyłącznie w sytuacji, gdy to w jaki sposób taka omyłka może zostać poprawiona wynika z innych elementów składających się na ofertę. Jak trafnie zauważyła Izba w wyroku z dnia 19 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 788/21: zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie (a wiedza ta oparta jest wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie oraz treści specyfikacji) jak takiej poprawy należy dokonać. W innym orzeczeniu, Izba zwróciła uwagę, że poprawa omyłki w ww. trybie jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienialności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp. Warunkiem bowiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jest to, że wszyscy wykonawcy składają oferty w warunkach, w których nie znają treści ofert swych konkurentów. Jako wyjątek od tej zasady poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi być stosowane ostrożnie i z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji. Skład orzekający zwrócił także uwagę, że konieczność poprawienia omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie uchyla wynikającego z art. 223 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp zakazu negocjacji między zamawiającym a wykonawcą, dotyczących treści złożonej oferty. Z ww. powodów w orzecznictwie Izby, wskazuje się, że poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno być dokonywane w sytuacji, gdy nie skutkuje to koniecznością prowadzenia takich negocjacji. Innymi słowy, jako warunek dokonania poprawy uznaje się konieczność dokonania jej przez samego zamawiającego, w oparciu o dane dające się wyinterpretować z samej oferty (tak w wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3458/22).

Dodatkowym warunkiem, który musi zostać spełniony, aby zamawiający mógł dokonać poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest to, aby w wyniku dokonanych poprawek nie doszło do istotnej zmiany treści oferty. Może zatem, w wyniku poprawienia omyłki, dojść do zmiany treści złożonej oferty, ale granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona charakteru istotnego. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy, a zatem na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O tym, czy zmiana treści oferty jest istotna, decydować będą każdorazowo okoliczności danej sprawy tj. na ile dokonana zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi ona wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od tego które zostało złożone przez wykonawcę.

Mając na uwadze wyżej sformułowane uwagi natury ogólnej, które skład orzekający

w niniejszej sprawie podziela, należało dojść do przekonania, że zamawiający trafnie odrzucił ofertę odwołującego 2, powołując się na przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Nie budzi wątpliwości, co zostało ustalone na podstawie akt sprawy, że zamawiający pismem z 18 maja 2023 r. dokonał zmiany treści SWZ w taki sposób, że zrezygnował
z określenia stawki podatku VAT w wysokości 23%, dając wykonawcom możliwość samodzielnego ustalenia tej stawki i wpisania właściwej stawki podatku, zróżnicowanej
w zależności od charakteru usługi. Aby dać wykonawcom możliwość uwzględnienia różnych stawek podatku w złożonej ofercie, dokonał jednocześnie modyfikacji dwóch dokumentów, których złożenia wymagał od wykonawców. Pierwszym z nich był załącznik nr 2 do oferty
- Formularz ofertowy, w którym zrezygnowano z narzucenia stawki podatku VAT w wysokości 23%, eliminując jednocześnie z treści formularza konieczność wpisania wyliczonej stawki. Dodatkowo, zamawiający uwzględnił wskazaną modyfikację w załączniku nr 3, w którym wyodrębnił pozycję zawierającą wskazanie kwoty ryczałtowej za następujące czynności: czynności pomocnicze, będące w związku z usługami medycznymi w strefach IIB i III - wartość ryczałtowa za m^2 (w strefach gdzie przebywają pacjenci). Zamawiający zaznaczył, że ryczałt za m^2 nie może przekroczyć 50% wartości ceny za m^2 dla usługi podstawowej tj. usługi utrzymania stanu higieniczno- sanitarnego pomieszczeń zamawiającego. Nowe formularze zostały załączone do pisma, w którym zamawiający dokonał wspomnianej modyfikacji, przy czym zamawiający zaznaczył, że składając ofertę wykonawca powinien posłużyć się zmodyfikowaną wersją wskazanych, i dołączonych do przedmiotowego pisma załączników.

Jak ustalono ponadto, odwołujący 2 w złożonym Formularzu cenowym nie wpisał jaką stawkę podatku VAT oferuje (zamawiający, co przyznał na rozprawie, błędnie w informacji
o odrzuceniu oferty podał, że w kolumnie 9 odwołujący wpisał stawkę VAT - „zw"). Z kolei
w podsumowaniu w kol. 9 wyliczył, dla wszystkich pozycji, stawkę podatku VAT w wysokości 23 %. Dodatkowo do oferty przedłożył Załącznik nr 2 - Formularz oferty, którego treść nie uwzględniała tych zmian, które wprowadził zamawiający w piśmie z 18 maja 2023 r.
W konsekwencji, w złożonym Formularzu oferty odwołujący 2 zadeklarował, że oferuje stawkę podatku VAT w wysokości 23 % dla całości realizacji usługi.

W niniejszej sprawie istotne jest, iż doszło do zasadniczej rozbieżności pomiędzy treścią Formularza cenowego, w którym wykonawca wskazał jako łączną cenę usługi cenę
z naliczoną stawką VAT w wysokości 23 %, z kolei w ostatnim wierszu Formularza cenowego nie wskazał jaką stawkę oferuje. Wprawdzie z porównania ceny jednostkowej netto i brutto za 1 m^2 (kolumna 3 i kolumna 5), jak też porównania wartości netto i wartości brutto za 1 miesiąc (kolumna 6 i kolumna 8), oraz porównując wartość netto za 24 miesiące i wartość brutto za 24 miesiące (kolumna 9 i kolumna 11) wynika, że nie został naliczony VAT w przypadku tej pozycji, w dalszym ciągu jednak nie wiadomo jaka stawka, zdaniem wykonawcy, jest w tym wypadku prawidłowa). Nie sposób tego stwierdzić z tego powodu, że zarówno
z podsumowania w kolumnie, w której wskazano łączną stawkę podatku VAT, jak też z treści złożonej oferty (deklaracja w Formularzu oferty - podatek VAT 23 %) wynika, że przyjęta została podstawowa stawka podatku.

Tym samym nie wiadomo, gdyż nie sposób prześledzić toku rozumowania odwołującego 2, w którym miejscu miało dojść do popełnienia owej „omyłki". Czy wykonawca ten popełnił omyłkę nie wskazując właściwej stawki podatku VAT, którą naliczył obliczając cenę jednostkową brutto, wartość brutto za 1 miesiąc oraz wartość brutto za 24 miesiące
w poz. 9, podając jednocześnie ceny netto równe tym, które zostały wyliczone jako ceny brutto (co sugerować może równie dobrze, że odwołujący 2 przyjął stawkę VAT „zw." lub „0 %"). Czy tez może omyłkowo podane zostało w treści Formularza ofertowego, że stawka podatku VAT, naliczona na całość zamówienia wynosi 23 % (a przecież oświadczenie o tej jednoznacznej treści zamawiający usunął całkowicie z wzoru przekazywanego wykonawcom). Omyłka,
o której mówi wykonawca, mogła zostać popełniona także w Formularzu cenowym, w którym odwołujący 2 podsumował kolumnę „wartość brutto za 24 miesiące".

Przypomnienia wymaga w tym miejscu ponownie, że aby zamawiający mógł skorzystać z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, i dokonać poprawy w ofercie wykonawcy, musimy mieć do czynienia, jak stanowi przepis z „oczywistą omyłką rachunkową". Aby uznać, że taka omyłka ma przymiot oczywistości, musi być możliwe ustalenie, że wynika ona z błędnej operacji na liczbach. Nie musi to być wprawdzie omyłka widoczna wprost, może zostać ujawniona dopiero podczas sprawdzania obliczeń przedstawionych w ofercie. Musi jednak być niewątpliwa i dać się usunąć tylko w jeden sposób. Oznacza to, że nie może być żadnej wątpliwości, w jaki sposób omyłkę tą poprawić. Powyższe z kolei, jak

wskazano powyżej, nie jest możliwe z tego powodu, że nie wiadomo które z oświadczeń złożonych przez odwołującego 2 jest poprawne, czy oświadczenie złożone w Formularzu oferty, w którym wskazuje na to, że na całość zamówienia powinna być naliczona stawka VAT podstawowa, czy też jego deklaracje w Formularzu cenowym, w którym nie deklaruje jak stawka podatku została zastosowana.

Co istotne w sprawie, wykonawca na etapie postępowania odwoławczego wyjaśnia i deklaruje, składając dowody w postaci złożonego w postępowaniu oraz poprawionego Formularza cenowego, w jaki sposób zamawiający powinien dokonać korekty jego oświadczenia. Powołuje się przy tym na zapisy Rozdziału XVIII SWZ, w którym zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty twierdząc, że oczywistym jest, że poprawnie podane zostały ceny jednostkowe za m^2, z kolei dalsze wyliczenia są wyłącznie konsekwencją przemnożenia odpowiednich wartości. Odwołujący 2 całkowicie pomija jednak, że brak wskazania przez niego w tym formularzu właściwej stawki podatku VAT uniemożliwia zamawiającemu ustalenie w jakiej wysokości został naliczony podatek w tej pozycji. Ponadto, zamawiający wymagał, aby w Załączniku nr 3 wskazane były ceny za poszczególne produkty (wycenione wszystkie pozycje wymienione w Załączniku nr 3 do SWZ). Z kolei łączna cena za realizację przedmiotu zamówienia stanowić miała sumę wszystkich pozycji wymienionych w Załączniku nr 3 do SWZ.

Odwołujący z niewiadomych powodów, nie opartych na zapisach SWZ, domaga się poprawienia treści jego oferty w sposób, który nie wynika z deklaracji przez niego złożonych. Jak zauważył skład orzekający poprawienie omyłki nie może wiązać się z koniecznością ingerencji wykonawcy w treść złożonego oświadczenia woli, w szczególności nie może powodować konieczności udzielenia żadnych dodatkowych wyjaśnień.

Tym samym należało zgodzić się z zamawiającym, że w okolicznościach niniejszej sprawy błędy popełnione w treści oferty, złożonej przez odwołującego 2, nie dały zamawiającemu możliwości samodzielnego ich poprawienia, a wskazane w wyjaśnieniach miejsca koniecznych do poprawy popełnionych „omyłek" spowodowałyby konieczność zmiany treści oferty i dowolność decyzji, w zależności od sytuacji.

Nietrafione są także wywody odwołującego 2 w zakresie, w jakim podnosił zarzuty naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, domagając się poprawienia w swojej ofercie omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zaznaczyć należy, że kluczowe dla prawidłowego stosowania powyższego przepisu jest ustalenie zaistnienia po stronie wykonawcy omyłki określonego rodzaju oraz, że jej poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Ustawodawca nie uregulował legalnej definicji ustawowego zwrotu „omyłka", jednakże na podstawie wypracowanego już dorobku doktryny, orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdzić można, że jako oczywistą omyłkę rozumieć należy błąd zwykły, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Kompleksowe podejście do omówienia znaczenia omyłki zaprezentował m.in. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r. XII Ga 206/ 08, podkreślając w szczególności, że omyłka może mieć charakter wyłącznie proceduralno-techniczny, a nie meretoryczny.

Jak już wskazano wcześniej w niniejszej sprawie błąd, który wystąpił w ofercie odwołującego nie może być uznany za omyłkę, ale jest błędem spowodowanym uchybieniem merytorycznym (brak wskazania stawki podatku w Formularzu cenowym, niezgodne z założeniami wyliczenie stawki podatku VAT, zastosowanie Formularza oferty przed zmianą dokonaną przez zamawiającego w piśmie z 18 maja 2023 r.) i z tego powodu nie podlega on sanacji na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Trafnie też zwrócił uwagę zamawiający w swoim piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, że istotne znaczenia dla możliwości dokonania poprawy w ofercie odwołującego 2 ma fakt, iż błąd w obliczeniu ceny dotyczy stawki i wysokości podatku VAT, a więc tego składnika cenowego, co do którego, poza przypadkami kiedy zamawiający wskazał w SWZ właściwą stawkę podatku, zamawiający nie jest uprawniony do jakiejkolwiek ingerencji w ofertę, a w szczególności do poprawy powyższych wartości w treści oferty. Skoro w niniejszym postępowaniu zamawiający odstąpił od narzucenia wykonawcom jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23 %, a z oferty odwołującego nie wynika w szczególności jaką stawkę podatku zamierza zastosować, to zamawiający nie jest uprawniony do arbitralnego wyboru i poprawienia treści złożonej oferty. Powyższa zmiana powodowałaby nieuprawnioną w tym przypadku ingerencję w treść złożonej oferty, albowiem z żadnego innego oświadczenia, złożonego w treści oferty, nie wynika w jaki sposób omyłka powinna zostać poprawiona.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający trafnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego 2 stwierdzając, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Mając na uwadze

powyższe odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:…….