

Sygn. akt KIO/UZP 1364/09

KIO/UZP 1381/09

KIO/UZP 1388/09

WYROK
z dnia 9 listopada 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **23 października 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Spółdzielnię Inwalidów Naprzód, ul. śabiniec 46, 31-215 Kraków,

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,

C. Adama Nowika, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Sprzątania Wnętrz-Adam Nowik, ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, którym jest **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiej Akademii Medycznej, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin** protestów, wniesionych przez:

A. Spółdzielnię Inwalidów Naprzód, ul. śabiniec 46, 31-215 Kraków w dniu 31 sierpnia 2009 r.

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław w dniu 31 sierpnia 2009 r.

C. Adama Nowika, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Sprzątania Wnętrz-Adam Nowik, ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin w dniu 27 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawców:

- **Adama Nowika, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Sprzątania Wnętrz-Adam Nowik, ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin** przystępującego po stronie zamawiającego do postępowania KIO/UZP 1364/09,

- **Tomasza Zelenta, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „THOMAS: Tomasz Zelenť, ul. Lubieszńska 34, 72-006 Mierzyn** przystępującego po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego KIO/UZP 1381/09,

- **Spółdzielni Inwalidów „Naprząd” i Tomasza Zelenta** przystępujących po stronie zamawiającego oraz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Serwis sp. z o.o.** – przystępujących po stronie odwołującego do postępowania odwoławczego KIO/UZP 1388/09.

orzeka:

1. Uwzględnić wszystkie trzy odwołania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiej Akademii Medycznej, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
3 346 zł 50 gr (słownie: trzy tysiące trzysta czterdzieści sześć złotych

2

pięćdziesiąt groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

- A** koszty w wysokości **1 115 zł 50 gr** (słownie: tysiąc sto piętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód, ul. śabiniec 46, 31-215 Kraków,**
- B** koszty w wysokości **1 115 zł 50 gr** (słownie: tysiąc sto piętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- C** koszty w wysokości **1 115 zł 50 gr** (słownie: tysiąc sto piętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Adama Nowika, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Sprzątania Wnętrz-Adam Nowik, ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 546 zł 50 gr** (słownie: osiem tysięcy pięćset czterdzieści sześć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:

- A** kwoty **1 115 zł 50 gr** (słownie: tysiąc sto piętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiej Akademii Medycznej, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin** na rzecz **Spółdzielni Naprzód, ul. śabiniec 46, 31-215 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- B.** kwoty **3 715 zł 50 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset piętnaście złotych pięćdziesiąt gorszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiej Akademii Medycznej, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego,
- C.** kwoty **3 715 zł 50 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset piętnaście złotych pięćdziesiąt gorszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiej Akademii Medycznej, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin** na rzecz **Adama Nowika, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Sprzątania**

3

Wnętrz-Adam Nowik, ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **41 653 zł 50 gr** (słownie: czterdzieści jeden tysięcy sześćset pięćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **13 884 zł 50 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt groszy) na rzecz **Spółdzielni Inwalidów Naprzód, ul. śabiniec 46, 31-215 Kraków,**
- B** kwoty **13 884 zł 50 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt

cztery złote pięćdziesiąt groszy) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**

C kwoty **13 884 zł 50 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt groszy) na rzecz **Adama Nowika, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Sprzątania Wnętrz-Adam Nowik, ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin.**

Uzasadnienie

I. Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiej Akademii Medycznej, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na kompleksowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach SPSK Nr 1 PAM na okres 4 lat. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr nr 2009/S 112-161769, z dnia 13.06.2009 roku, i Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 21.08.2009 r. Zamawiający zamieścił informację o wyniku postępowania na swojej stronie internetowej.

4

KIO/UZP 1364/09

W dniu 31.08.2009 r. Spółdzielnia Inwalidów "Naprzód", ul. śabiniec 46, 31 -215 Kraków (dalej: Odwołujący) – złożyła protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 2.09.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 11.09.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów (co następnie podtrzymał w odwołaniu), lecz na rozprawie ograniczył zarzuty do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, miało to nastąpić przez nieuprawnione odrzucenie jego oferty – mianowicie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, stwierdzając że Spółdzielnia Inwalidów Naprzód naruszyła przepisy ustawy Kodeks karny skarbowy. Według Odwołującego, Zamawiający nie jest uprawniony do stwierdzania, iż taki czyn został popełniony; jeżeli tak podejrzewa, powinien zawiadomić właściwy organ. Ewentualne podejrzenie Zamawiającego co do możliwości naruszenia przepisów karno-skarbowych nie skutkuje nieważnością oferty Wykonawcy. śaden przepis ustawy Kodeks karny skarbowy nie daje podstaw do uznania, iż w przypadku takiego podejrzenia Zamawiającego oferta Wykonawcy jest nieważna.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Adam Nowik.

KIO/UZP 1381/09

W dniu 31.08.2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (dalej: Odwołujący bądź Konsorcjum Impel) – złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 2.09.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 11.09.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust 1 i 3, art. 14, art. 22, art. 24 ust 1 pkt 10, art. 24 ust 2 pkt 2 i 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 6, 8, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych. Powyższych naruszeń Zamawiający miałby się dopuścić przez:

1. Nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający już po złożeniu ofert dokonał w istocie modyfikacji treści SIWZ poprzez wprowadzenie warunku, że ofertą prawidłową może być tylko oferta która jako zawiera w opinii Zamawiającego wystarczającą kwotę dla usług porządkowych (przyjmowaną wg uznania Zamawiającego).

Postępowanie takie nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego i faktycznego.

Zamawiający nie zapytał nawet Odwołującego (i pozostałych wykonawców, których oferty zostały odrzucone) na jakich zasadach skonstruował swoją ofertę, ani jakie czynności zawarte w załącznikach do SIWZ zostały potraktowane jako usługi objęte 22 % stawką podatku VAT, a jakie stawką "zwolnioną".

2. Zaniechanie wykluczenia oferty Tomasza Zelenta.

Oferta Tomasza Zelenta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Tymczasem oferta ta zawiera istotne braki, a sam wykonawca podlega wykluczeniu.

Wykonawca ten nie przedstawił wymaganych w SIWZ referencji potwierdzających niezbędne doświadczenie w realizacji usług podobnych do przedmiotu zamówienia, bowiem wykazał wykonanie tylko jednej pracy, na rzecz SPSK nr 2 PAM w Szczecinie. Wartość oferty tego wykonawcy przedstawiona w niniejszym postępowaniu przekracza kwotę 17 milionów złotych. Tymczasem przedstawiona referencja dokumentuje wykonanie prac o wartości ledwie przekraczającej 4 miliony złotych.

Wobec powyższego, przyjąć należy, że Tomasz Zelent dołączył dokumenty potwierdzające brak wymaganego w SIWZ doświadczenia w realizacji usług podobnych, a więc złożył nieprawdziwe oświadczenia mające wpływ na wynik przetargu.

3. Oferta Tomasza Zelenta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżanie wartości prac. W sposób rażący odbiega od pozostałych ofert, a firma ta nie potrafi uzasadnić takiej dysproporcji żadnymi obiektywnymi czynnikami.

4. Odwołujący wskazał także na niezgodność treści oferty firmy Tomasza Zelenta z treścią SIWZ oraz na błąd w obliczeniu ceny. Według Odwołującego, podana na stronie 3 oferty tego wykonawcy w pkt 7 miesięczna wartość czynności pomocniczych w pozostałych klinikach i oddziałach wyliczona została dla 589 łóżek. Jest to wyliczenie nie obejmujące zmienionej przez Zamawiającego ostatecznej liczby łóżek przewidzianych do realizacji. W ocenie Odwołującego zatem Tomasz Zelant nie uwzględnił zatem ostatniej zmiany i przygotowując swoją ofertę przewidział nieprawidłową liczbę łóżek do obsługi.

Do postępowania odwoławczego przystąpił Tomasz Zelent po stronie Zamawiającego.

KIO/UZP 1388/09

W dniu 31.08.2009 r. Adam Nowik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Sprzątania Wnętrz-Adam Nowik, ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin (dalej: Odwołujący) –

złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 2.09.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 11.09.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Tomasza Zelenta, mimo iż zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) co winno skutkować odrzuceniem oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych. Błąd w obliczeniu ceny zdaniem Odwołującego był wynikiem niejasności dotyczących podwykonawcy wskazanego w ofercie Tomasza Zelenta. Fakt, iż wybrany Tomasz Zelent wskazał (i to – w ocenie Odwołującego - w sposób bardzo niejednoznaczny, niezgodny z zapisem rozdziału I pkt 4 ppkt 2.2.3 SIWZ), jaką część realizacji zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy nie uzasadnia w żadnej mierze przyjętej przez niego i zaakceptowanej przez Zamawiającego metody opodatkowania VAT. W przekonaniu Odwołującego okoliczność ta może co najwyżej dodatkowo potwierdzać zasadność odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 6 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zauważył, że czynności pomocnicze przy pacjencie nie są wykonywane samodzielnie przez personel sprząający i nie są wykonywane permanentnie lecz tylko w określonych sytuacjach. Według Odwołującego wykonawcy winni dla całego przedmiotu zamówienia stosować jednolitą stawkę podatku VAT (22%) i nie mają tu zastosowania zwolnienia w odniesieniu do tzw. usług pomocniczych np. usługi transportu zwłok.

2. Naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 10 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Tomasza Zelenta z postępowania oraz odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, w oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ wybrany Wykonawca nie wskazał w sposób precyzyjny, jaką część zamówienia zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy. Wobec powyższego, Zamawiający winien wezwać go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Udzielenie przez Wykonawcę stosownych wyjaśnień dałoby podstawę do stwierdzenia czy rzeczywiście posiada on niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i w konsekwencji czy nie polega na wykluczeniu z postępowania w myśl przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych. Przedmiotowe oświadczenie wykonawcy w obecnym brzmieniu w świetle złożonych przezeń wyjaśnień pozostaje według Odwołującego w ewidentnej sprzeczności z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi

7

w SIWZ co powinno skutkować także odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

3. Naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Tomasza Zelenta do złożenia stosownych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mogącej zachodzić w odniesieniu do jego oferty i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tegoż wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Analiza oferty Tomasza Zelenta w kontekście danych przekazanych wykonawcom przez Zamawiającego (odpowiedź z dnia 27 lipca 2009 r.) daje uzasadnione podstawy do przyjęcia, iż może on nie być w stanie prawidłowo zrealizować przedmiotu zamówienia za zaoferowaną miesięczną cenę netto 314.941,71 zł, która w tej sytuacji nosi znamiona rażąco niskiej - rzutując bezpośrednio na wartość całej oferty. Poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień w tym zakresie Zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W przypadku braku udzielania satysfakcjonującej odpowiedzi na pytanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, oferta Tomasza Zelenta winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego przystąpili Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” i Tomasz Zelen po stronie Zamawiającego, natomiast Konsorcjum Impel po stronie Odwołującego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego odwołania rozpoznano na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: wszystkie odwołania zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący mają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia złożonych przez nich odwołań, i powtórnej oceny ofert, ich oferty zwiększają swoje szanse na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby interes prawny w uzyskaniu zamówienia może się wyrażać w tym, że po powtórzeniu oceny ofert oferta każdego Odwołującego znajdzie się na wyższym miejscu w rankingu ofert.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych w związku z odrzuceniem ofert Spółdzielni Inwalidów Naprzód i Konsorcjum Impel

Izba ustaliła na podstawie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, że Zamawiający odrzucił oferty Konsorcjum Impel i Spółdzielni Inwalidów Naprzód, jako powód odrzucenia

8

podając w obu przypadkach identyczną podstawę faktyczną i prawną, a mianowicie Zamawiający stwierdził, że obie te oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, ponieważ wykonawcy ci zaniżyli stawki w zakresie czynności sprzątnięcia przenosząc związane z tym koszty do wynagrodzenia za czynności pomocnicze przy pacjencie. Zdaniem Zamawiającego, wobec okoliczności, że czynności podstawowe są opodatkowane stawką 22%, a czynności pomocnicze są zwolnione z tego podatku, wykonawcy zdecydowali się zaniżyć podstawę wymiaru należnego podatku. Zamawiający w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa karno-skarbowego zawiadomił odpowiedni organ.

Ponadto na podstawie SIWZ, Izba ustaliła, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodziły zarówno usługi sprzątnięcia, jak i usługi o innym charakterze – nazwane przez Zamawiającego „pomocniczymi” (pkt. 27 Opisu przedmiotu zamówienia, str. 31 z 101 SIWZ).

Należy zwrócić uwagę, że użycie przez Zamawiającego pojęcia „pomocniczy” w stosunku do innych usług, niż sprzątnięcie wiązało się z okolicznością, że usługi nazywane pomocniczymi wiążą się z szeroko pojętą pomocą pacjentom bądź personelowi szpitala. Usługi te nie wiązały się z usługami sprzątnięcia w taki sposób, że dla wykonania usług sprzątnięcia należało uprzednio wykonać usługi pomocnicze.

Następnie Izba uznała, że dla rozstrzygnięcia zarzutów postawionych w odwołaniach, niezbędne jest ustalenie, jaka stawka VAT jest właściwa dla przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, Izba oparła się na dostępnej na stronie Ministerstwa Finansów (www.mf.gov.pl) interpretacji indywidualnej ILPP2/44-116/09-2/SJ z dn. 2009.04.03, wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu. Skład orzekający ma świadomość, że interpretacja indywidualna zasadniczo ma znaczenie w konkretnej sprawie podatnika, w związku z którą zwrócił się on o jej wydanie, jednak w ocenie Izby przedmiotowa interpretacja została wydana w odniesieniu do analogicznego stanu faktycznego, jak w niniejszej sprawie, a ponadto Izbę w pełni przekonuje stanowisko wyrażone tamże. Interpretacja została wydana w odniesieniu do stanu faktycznego, w którym, oprócz czynności polegających na sprzątnięciu zakres świadczonych przez podatnika usług obejmował również m.in.:

1. usługi wspomagające średni personel medyczny w opiece nad pacjentami (np.: pomoc pacjentom w zaspokajaniu potrzeb fizjologicznych, przy zmianie bielizny i przy toalecie pacjentom leżącym; zmiana pościeli; zbieranie i mycie naczyń po posiłkach; karmienie lub pomoc przy karmieniu pacjentów leżących; rozdawanie lub pomoc przy rozdawaniu posiłków pacjentom na oddziale; transport pacjentów na zabiegi lub do badań diagnostycznych w obrębie placówki [część z wymienionych usług pokrywa się z usługami wchodzącymi

9

w zakres przedmiotu zamówienia postępowania w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie pkt. 27 Opisu przedmiotu zamówienia str. 31 z 101 SIWZ],

2. usługi transportu wewnętrznego w ramach szpitala, na który składają się m.in.: transport zwłok w obrębie szpitala; transport próbek materiału biologicznego pobranych od chorych do pracowni laboratoryjnych; transport narzędzi i materiałów do i z Centralnej Sterylizatorni; transport łóżek do miejsca ich centralnego mycia i dezynfekcji; transport posiłków z kuchni centralnej na oddziały; transport odpadów do punktów ich gromadzenia na terenie placówki; transport bielizny szpitalnej do i z pralni; transport mebli, aparatury i innych sprzętów na terenie placówki; transport dokumentacji na terenie placówki [m.in. pkt 24, 25, 29 - 34 opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu].

W ocenie organu wydającego interpretację, powyżej opisana usługa nie jest usługą kompleksową – świadczeniem pojedynczym, „bowiem pojedyncze świadczenie występuje wówczas, gdy jedna lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Natomiast, usługę należy uznać za pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykonania usługi zasadniczej.

W związku z powyższym w przedmiotowej sprawie nie można mówić o jednej (kompleksowej) usłudze, na którą składają się wszystkie czynności wykonywane przez Zainteresowanego na rzecz zlecającego – szpitala, bowiem mają one odmienny cel i charakter. Tym samym, Wnioskodawca będzie zobowiązany do zastosowania 22% stawki

podatku dla usług sprzątania, natomiast zwolnienia od podatku dla „Usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałych, gdzie indziej nie sklasyfikowanych” (PKWiU 85.14.18-00.00).”.

Podzielając wyżej wyrażone stanowisko, skład orzekający uznał, że przedmiot zamówienia winien być opodatkowany stawką VAT 22% dla usług sprzątania, a usługi nazwane przez Zamawiającego pomocniczymi są zwolnione z podatku VAT.

Zamawiający uznał, że wykonawcy w nieuzasadniony sposób zaniżyli wartość usług sprzątania, a zawyżyli wartość usług „pomocniczych” i odrzucił oferty Konsorcjum Impel i Spółdzielni Inwalidów Naprzód na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, czyli stwierdził, że oferty obu Odwołujących są nieważne na podstawie odrębnych przepisów.

Skład orzekający w pełni zgadza się z poglądem obu Odwołujących, iż nie zaistniała podstawa faktyczna do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, a więc Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ich oferty. Stanowisko Zamawiającego sprowadza się do stwierdzenia, że Odwołujący zbyt wysoko wycenili usługi zwolnione z podatku VAT, a zbyt nisko - usługi objęte podstawową stawką VAT 22%.

10

Sposób, w jaki wykonawcy kształtują swoją politykę cenową i strukturę kosztów w obrębie przedmiotu zamówienia jest ich indywidualną sprawą i mieści się poza badaniem Zamawiającego (o ile Zamawiający nie bada kwestii rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Rzeczywiście, jak zwrócono uwagę w odwołaniach, Zamawiający dopiero w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał na oczekiwane przez niego proporcje procentowe poszczególnych usług w wartości przedmiotu zamówienia. Mogły zaistnieć różne przyczyny, dla których wykonawcy w taki, a nie inny sposób wycenili swoje usługi – przykładowo, mogli stwierdzić, że czynności sprzątania wykonuje się rutynowo, a czynności przy pacjencie wymagają szczególnego przygotowania i uwagi, a przede wszystkim pełnej dyspozycyjności. Bez względu na okoliczności, którymi mogli się kierować wykonawcy dokonując wyceny, nie można stwierdzić, że taka wycena, jak w ofertach Odwołujących, powoduje, że ich oferty są „nieważne na podstawie odrębnych przepisów”. Zauważyć również należy, że czynności, nazwane przez Zamawiającego „pomocniczymi”, wymienione w pkt. 27 Opisu przedmiotu zamówienia nie pokrywają się zakresem z usługami, które są zwolnione z podatku VAT, a wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia (np. pkt 24 i 26), zatem udział ich w całkowitej wartości usługi jest wyższy, niż wydaje się sądzić Zamawiający.

Ze względu na powyższe, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, podniesiony w odwołaniu Konsorcjum Impel i Spółdzielni Inwalidów Naprzód. **Wobec okoliczności, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ich oferty, powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert.**

Spółdzielnia Inwalidów Naprzód (sprawa KIO/UZP 1364/09) na rozprawie zrezygnowała z popierania pozostałych zarzutów odwołania, dlatego Izba ich nie rozpatrywała, a rozstrzygnięcie zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych decyduje o uwzględnieniu odwołania.

Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu Konsorcjum Impel KIO/UZP 1381/09 oraz wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu Adama Nowika KIO/UZP 1388/09 dotyczą oferty, która została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą – oferty Tomasza Zelenta.

Zarzut zaniechania wykluczenia oferty Tomasza Zelenta KIO/UZP 1381/09

Na podstawie dokumentów załączonych do oferty Tomasz Zelenta Izba stwierdziła, że rzeczywiście nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Przy ocenie spełniania warunku postawionego przez Zamawiającego można brać pod uwagę jedynie pozycję nr 1 z wykazu zamieszczonego na stronie 23 oferty, potwierdzoną referencjami ze strony nr 25. Pozycja nr 2, jak powiedział sam Przystępujący Tomasz Zelent na rozprawie,

11

ma charakter wyłącznie informacyjny – i rzeczywiście, opinia ze strony 27 oferty jest ogólna,

potwierdza jedynie współpracę z wykonawcą i globalną liczbę łóżek w szpitalu wydającym opinię, jednak nie potwierdza wykonania konkretnej usługi. Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu bez odniesienia się do wartości usługi, którą powinien wykazać się wykonawca w postępowaniu, dlatego wydaje się, że w tym zakresie Zamawiający nie ma prawa dokonywać oceny pod kątem zgodności z wytyczonym warunkiem, jednak Zamawiający w sposób ścisły określił ilość łóżek (co najmniej dwieście - „≥ 200”), zatem w związku z referencjami złożonymi przez Tomasza Zelenta (str. 25 oferty), w których mowa o ilości łóżek „powyżej 150”), Zamawiający powinien co najmniej wyjaśnić, w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, czy Tomasz Zelent świadczył usługę w zakresie wymaganym w SIWZ.

Izba rozpatruje odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w proteście – Odwołujący nie zarzucał naruszenia art. 26 Prawa zamówień publicznych, zatem Izba nie mogła uwzględnić odwołania w tym zakresie, bowiem Odwołujący kwestionował wyłącznie zaniechanie wykluczenia Tomasza Zelenta z postępowania, co nie może nastąpić bez uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Skład orzekający wskazuje Zamawiającemu, że powinien wyjaśnić, czy Tomasz Zelent rzeczywiście spełnia warunek udziału w postępowaniu co do posiadania doświadczenia zawodowego, ponieważ referencje ze str. 25 w jego ofercie nie potwierdzają tego w sposób jednoznaczny. W związku z powyższym, nie można również uwzględnić zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, tj. podania nieprawdziwych informacji – sama okoliczność, że dokumenty złożone wraz z ofertą nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie przesądza, że informacje podane tamże są nieprawdziwe.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Tomasza Zelenta, mimo iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji KIO/UZP 1381/09

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ranking ofert w postępowaniu kształtował się następująco (od najtańszej do najdroższej oferty): Konsorcjum Dozorbud, Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód”, Tomasz Zelent, Konsorcjum Impel, Adam Nowik. Odwołujący zarzucił czyn nieuczciwej konkurencji ofercie trzeciej w kolejności w rankingu cenowym, o ponad 300 tysięcy droższej od najtańszej oferty złożonej w postępowaniu. Wobec takich okoliczności nie można stwierdzić, aby zaistniały

12

przesłanki, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Tomasz Zelant zaoferował usługę za wynagrodzeniem na takim samym poziomie, co inni uczestnicy postępowania (chyba że pozostali uczestnicy postępowania również popełnili czyn nieuczciwej konkurencji, co wydaje się mało prawdopodobne). Trudno też byłoby uznać, że akurat oferta, która zajęła trzecie miejsce w rankingu cenowym, została złożona w celu utrudniania innym podmiotom dostępu do rynku czy ich eliminacji, skoro zakres przedmiotu zamówienia we wszystkich ofertach był taki sam. Ponadto należy zauważyć, iż wydaje się, że przy ocenie, czy doszło do czynu nieuczciwej konkurencji należy brać pod uwagę wyłącznie cenę globalną za całość usługi, a nie wycenę poszczególnych elementów, jak czyni to Odwołujący.

Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych i oddaliła zarzut Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych - KIO/UZP 1381/09

Odwołujący wskazywał, że podana w ofercie Tomasza Zelenta na stronie 3 oferty tego wykonawcy w pkt 7 miesięczna wartość czynności pomocniczych w pozostałych klinikach i oddziałach wyliczona została dla 589 łóżek. W ocenie Odwołującego wyliczenie to nie obejmuje zmienionej przez Zamawiającego ostatecznej liczby łóżek przewidzianych do realizacji.

Izba ustaliła, że w ofercie Tomasza Zelenta na stronie oznaczonej nr 3 znajduje się pierwsza strona formularza ofertowego. Wykonawca ten ponumerował wszystkie strony

w ofercie - zarówno zapisane, jak i niezapisane (Izba do akt sprawy sporządziła kserokopię zapisanych stron oferty, o których mowa w uzasadnieniu).

Skład orzekający ustalił, że punkt 7 na stronie nr 7 oferty Tomasza Zelenta (na stronie nr 3 brak punktu 7) brzmi: „Miesięczna wartość czynności pomocniczych w pozostałych klinikach i oddziałach 50 023,77”. Obok znajdują się dopiski ołówkiem, częściowo wymazane. Dopiski nie są parafowane, jeden z nich ma treść „589 łóżek”.

Na podstawie tak sformułowanego zarzutu, wobec treści oferty Tomasza Zelenta, trudno dopatrzeć się, na jakiej podstawie Odwołujący ocenił, że Tomasz Zelent skalkulował cenę dla niewłaściwej liczby łóżek. Odwołujący w proteście stwierdził, że punkt 7 oferty Tomasza Zelenta nie uwzględnił „ostatniej zmiany”, jednak nie sprecyzował, z czego wywiódł swój wniosek i o jaką zmianę chodzi. Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut Odwołującego jako nieudowodniony.

13

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Tomasza Zelenta, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę oraz zarzut zaniechania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych KIO/UZP 1388/09

Izba ustaliła, co już stwierdzono powyżej, że oferta Tomasza Zelanta zajęła trzecie miejsce w rankingu cenowym. Na rozprawie również ustalono, iż Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zwrócił się o złożenie wyjaśnień do Konsorcjum Dozorbud, Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” oraz Konsorcjum Impel, natomiast nie zwrócił się do Tomasza Zelenta. Z uwagi na powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – skoro Zamawiający powziął wątpliwość, czy zaoferowana cena jest rażąco niska odnośnie oferty pierwszej, drugiej i czwartej w rankingu cenowym, powinien z takimi samymi wątpliwościami zwrócić się do wykonawcy, który złożył ofertę trzecią w kolejności. Wobec okoliczności, że Zamawiający za ofertę najkorzystniejszą uznał ofertę, co do której zaniechał wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Izba uznała, że zaniechanie to – wobec braku pewności co do odpowiedzi Tomasza Zelenta - miało wpływ na wynik postępowania, i dlatego uwzględniła odwołanie KIO/UZP 1388/09.

Skład orzekający zwraca uwagę, że bez uprzedniego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie można odrzucić wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, a to na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych podniesiony w odwołaniach KIO/UZP 1381/09 i KIO/UZP 1388/09, a uwzględniła zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, podniesiony w odwołaniu KIO/UZP 1388/09.

Zarzuty dotyczące podwykonawcy określonego w ofercie Tomasza Zelenta, KIO/UZP 1388/09

Odwołujący wnosil po pierwsze, o odrzucenie oferty Tomasza Zelenta, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych, bowiem podnosił, iż Tomasz Zelent wskazał (i to w sposób bardzo niejednoznaczny, niezgodny z zapisem rozdziału I pkt 4 ppkt 2.2.3 SIWZ), jaką część realizacji zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy, co nie uzasadnia w żadnej mierze przyjętej przez niego i zaakceptowanej przez Zamawiającego metody opodatkowania VAT.

W ocenie składu orzekającego, ani okoliczność, czy wykonawca wskaże, że część czy całość zamówienia będzie wykonywał za pomocą podwykonawcy, ani sposób określenia, w jakiej części tenże podwykonawca będzie wykonywał zamówienie, nie wpływają na określenie właściwej stawki podatku VAT dla przedmiotu zamówienia.

14

Izba nie dopatrzyła się żadnego związku pomiędzy wskazaniem podwykonawcy a ewentualnym błędem w obliczeniu ceny, zatem nie było podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, wobec czego skład orzekający oddalił zarzut w tym zakresie.

Ponadto Odwołujący zarzucał naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 10 Prawa

zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Tomasza Zelenta z postępowania oraz odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych. Zarzut Odwołujący motywował okolicznością, że w oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ wybrany Wykonawca nie wskazał w sposób precyzyjny, jaką część zamówienia zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy. Wobec powyższego, Zamawiający winien wezwać go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Udzielenie przez Wykonawcę stosownych wyjaśnień dałoby podstawę do stwierdzenia czy rzeczywiście posiada on niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i w konsekwencji czy nie polega wykluczeniu z postępowania w myśl przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego zarzuty podnoszone przez Odwołującego nie są zasadne – ani sam fakt wskazania podwykonawcy w ofercie, ani sposób jego wskazania nie wpływają na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który składa ofertę. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, wyłącznie wykonawca składający ofertę podlega badaniu pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Równocześnie zauważyć należy, że podwykonawca może wykonać całość zamówienia (art. 36 ust. 5 Prawa zamówień publicznych). Przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia przedmiot działalności określony symbolami PKD czy to w odpisie z ewidencji działalności gospodarczej czy to w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut podnoszony w tym zakresie.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z przedstawionymi rachunkami, dwóm Odwołującym - wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i Hospital Serwis sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Adamowi Nowikowi, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Sprzątania Wnętrz-Adam Nowik, ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin zasądzono koszty zastępstwa prawnego w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady

15

Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.). Koszt ponoszony przez Urząd Zamówień Publicznych w łącznej wysokości 4 462 zł zasądzono stosunkowo do wszystkich czterech spraw rozpatrywanych łącznie KIO/UZP 1364/09, KIO/UZP 1381/09, KIO/UZP 1388/09 oraz KIO/UZP 1436/09 (w której wydano osobne orzeczenie).

16

Stosownie do art. 194 i 195 Prawa zamówień publicznych na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....