

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Emil Kawa

Piotr Kozłowski

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia 28 marca 2011 r. wniesionego przez wykonawcę **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 45 , 31-215 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego, ul. Koszarowa 5, 51-149 Wrocław**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje powtórzyć czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego, ul. Koszarowa 5, 51-149 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 45 , 31-215 Kraków**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego, ul. Koszarowa 5, 51-149 Wrocław** na rzecz wykonawcy **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 45 , 31-215 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. 1 Gromkowskiego, ul. Koszarowa 5, 51-149 Wrocław wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę sprzątnięcia szpitala. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

06.01.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 3-004530.

21.03.2011 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 46, 31-215 Kraków, gdyż oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny – art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

28.03.2011 r. wykonawca Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 46, 31-215 Kraków wniósł, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) czynność odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy oferta odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny;
- 2) art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego. Zamawiający uznał, że oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, ponieważ odwołujący zastosował dwie stawki VAT dla usług będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający stanął na stanowisku, że wykonawcy nie przysługiwało prawo do zastosowania preferencyjnej stawki ZW podatku VAT.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego. Odwołujący zastosował prawidłowe stawki VAT.

Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających jego twierdzenie, co do błędu w obliczeniu ceny istniejącego rzekomo w ofercie odwołującego.

Niezrozumiałe jest powoływanie się zamawiającego na art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów usług jako uzasadnienie do odrzucenia oferty odwołującego.

Odrzucając ofertę odwołującego jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

28.03.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

29.03.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

31.03.2011 r. wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider), ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i przystępującego zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz pisemne dowody złożone podczas rozprawy przez strony i uczestnika postępowania.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy oferta odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny – zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wykazał w ofercie z 07.02.2011 r., że będzie stosować do wykonania części przedmiotu zamówienia inną niż podstawową stawkę VAT – stawkę „zw”. W związku z tym zamawiający zażądał 21.02.2011 r. od odwołującego, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie (1) podstaw prawnych zastosowania do wyliczenia ceny oferty innej niż podstawowa stawki VAT oraz przedstawienia zamawiającemu dokumentu, z którego wynika uprawnienie do stosowania zwolnienia od VAT, to jest wypisu z rejestru zakładów opieki zdrowotnej wskazującego na możliwość realizacji zadań zgodnie z postanowieniem specyfikacji lub statutu zakładu opieki zdrowotnej uprawniających do zastosowania zwolnienia od VAT, zgodnie z przepisami podatkowymi oraz (2) przedstawienia podstaw prawnych do zastosowania dla budynków administracyjnych zamawiającego do wyliczenia ceny oferty innej niż podstawowa stawki VAT czyli zwolnienia.

04.03.2011 r. odwołujący wyjaśnił, że cyt. »uprawnienie [odwołującego] do zastosowania stawki podatku VAT „zw” wynika z treści art. 43 Ustawy o podatku od towarów i usług i do jej stosowania nie jest konieczne posiadanie wpisu do rejestru ZOZ«, a odnośnie drugiego wyjaśnienia odwołujący stwierdził, że oferta cyt. »odnosi się do realizacji całości przedmiotu zamówienia i podział na jednostki organizacyjne [zamawiającego] nie ma wpływu na wartość oferty.

18.03.2011 r. zamawiający – biorąc pod uwagę treść oferty, wyjaśnień i ówczesnie obowiązujących przepisów [art. 43 ust. 1 pkt 18a został opublikowany w Dzienniku Ustaw 28.03.2011 r. i wszedł w życie 01.04.2011 r. z możliwością stosowania tego przepisu od 01.01.2011 r.] – odrzucił ofertę odwołującego, gdyż zgodnie z ówczesnie obowiązującym przepisem art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług (VAT) zwolnienie od podatku odnosiło się tylko w określonym zakresie do usług i dostaw do wykonywanych przez

zakłady opieki zdrowotnej. W związku z tym, że odwołujący, zdaniem zamawiającego, bezpodstawnie (w ówczesnym stanie prawnym i nawet w zakresie ówczesnej wiedzy o stanie tworzenia prawa) zastosował zwolnienie od podatku – zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że dla zamawiającego w postępowaniu istotne jest jaką cenę będzie opłacać za wykonanie zamówienia, a ryzyko związane z zastosowaniem odpowiedniej stawki VAT obciąża wykonawcę. Ponadto, przepisy prawa, a w tym prawa podatkowego ulegają częstym zmianom i dlatego obowiązywanie w danym

terminie określonych przepisów nie jest równoznaczne z ich obowiązywaniem w trakcie wystawiania faktur, a właściwie faktury mają być zgodne z obowiązującym prawem w momencie ich wystawienia. A za właściwe wystawienie faktur jest odpowiedzialny wykonawca wobec organów podatkowych, a w tym zwłaszcza w zakresie obliczenia kwoty VAT i za odprowadzenie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, podobne stwierdzenia znajdują się w wyroku KIO z 22 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/265/11.

Jednocześnie określony w specyfikacji sposób obliczenia ceny faktycznie sprowadza się do określenia ryczałtowej ceny netto za wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia, w podziale na wyszczególnione budynki oraz wskazania ceny brutto obejmującej VAT. Z formularza oferty wynika wręcz, że dla zamawiającego wystarczające było informacyjne podanie stawki VAT, która została przyjęta dla wskazanych w formularzu kwot VAT. Wreszcie ze złożonych ofert wynika, że zamawiający uznawał za prawidłowe określenie stawki VAT przez wykonawców wpisanie „23% i zw.”, zatem dopuścił by wskazana dla danej kwoty netto kwota VAT była obliczona według „uśrednionej” stawki VAT, wynikającej z przewidzenia przez wykonawców dla niektórych czynności stawki podstawowej, a dla innych zwolnienia od podatku. Izba zważyła, że w ten sposób zamawiający pozbawił się, co do zasady, możliwości stwierdzenia zastosowania nieprawidłowej stawki VAT, gdyż nie może ustalić za jakie czynności wykonawcy przyjęli stawkę podstawową, a jakie czynności uznali za zwolnione z tego podatku. Braku określenia sposobu (algorytmu) obliczenia ceny, który mógłby następnie zostać zweryfikowany, powoduje, iż wskazanie sankcji odrzucenia oferty za zastosowanie stawki VAT niezgodnej z przepisami, ma walor deklaracji bez zawartości treści merytorycznych.

Dlatego skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zamawiający nie może w rozpoznawanym postępowaniu odrzucić oferty odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i argumentując, że w ofercie znajduje się błąd w obliczaniu ceny. Wskazanie w ofercie określonej stawki VAT jest elementem ryzyka i polityki cenowej wykonawcy.

Również w zakresie drugiej przyczyny odrzucenia oferty zamawiającego skład orzekający Izby stwierdza, że brak jest podstaw do wydzielenia budynków administracyjnych

od budynków gdzie świadczone są wyłącznie usługi medyczne, czego dowodem jest Księga rejestrowa, gdzie nie zostały wykazane żadne poszczególne budynki mieszczące się pod wskazanymi tam adresami. W związku z tym nie znajduje uzasadnienia konieczność zastosowania różnych stawek VAT do tych budynków, oparta wyłącznie na kryterium świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia w poszczególnych budynkach. Natomiast istotne jest czy dany rodzaj usług podlega zwolnieniu z VAT, czego nie można wykluczyć w stosunku do usług dezynfekcji świadczonych w związku z działalnością zasadniczą szpitala. Z porównania „uśrednionych” stawek VAT w ofercie odwołującego wynika natomiast niewątpliwie, iż dla czynności wykonywanych w budynku administracyjnym przyjął zwolnienie z VAT na mniejszą skalę, niż w pozostałych budynkach szpitalnych.

Dlatego skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zamawiający nie może w rozpoznawanym postępowaniu odrzucić oferty odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i argumentując, że w ofercie znajduje się błąd w obliczaniu ceny.

Wobec bezzasadnego odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ze względu na błędy w obliczaniu ceny kolejne czynności zamawiającego – ocena ofert i wybór najkorzystniejszej oferty nie mogły zostać dokonane w sposób poprawny – spośród zbyt małej liczby ofert – i dlatego zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....