

POSTANOWENIE
z dnia 10 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Członkowie: Barbara Bettman
Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 10 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **KSM Polska Sp. z o.o., oraz Klüh Clinic Service GmbH, adres dla pełnomocnika: 00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14** od czynności Zamawiającego **Szpital Morski im. PCK, 81-519 Gdynia, ul. Powstania Styczniowego 1**

przy udziale wykonawcy **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie Oddział w Łodzi, 91-203 Łódź, ul. Traktorowa 141/143** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: KSM Polska Sp. z o.o., oraz Klüh Clinic Service GmbH, adres dla pełnomocnika: 00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14 i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KSM Polska Sp. z o.o., oraz Klüh Clinic Service GmbH, adres dla pełnomocnika: 00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO/2795/10

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Morski im. PCK w Gdyni, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie *usług utrzymania czystości i należytego stanu sanitarnego w obiektach szpitala oraz usług transportu wewnętrznego*”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji

Wspólnot Europejskich w dniu 1 października 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2010 r. pod numerem 2010/S 202-308240.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: KSM Polska Sp. z o.o., oraz Klüh Clinic Service GmbH, adres dla pełnomocnika: 00-561 Warszawa, ul. Mokotowska 14 (dalej: „obecnym *Odwołującym*”), w dniu 27 grudnia 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie Oddział w Łodzi, 91-203 Łódź, ul. Traktorowa 141/143 dokonanej w dniu 17 grudnia 2010 r.

Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego wynika, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, 91-203 Łódź, ul. Traktorowa 141/143 została przekazana faksem w dniu 17 grudnia 2010 r.

Obecny *Odwołujący* zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp oraz art. 43 ust. 1 pkt. 1 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. nr 54, poz. 535 z późn. zm.). poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”, jako nie spełniającej warunków wskazanych w SIWZ;

- art. 58 kc poprzez przyjęcie oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” pomimo, iż ma na celu obejście prawa i jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

W związku z powyższym, wniósł on o:

- nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty Wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Według obecnego *Odwołującego* oferta złożona przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” zawiera błędy w obliczeniu ceny nie podlegające poprawie i skutkujące koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Formularz ofertowy w Zadaniu I A - „cena za świadczenie usług utrzymania czystości i należytego stanu sanitarnego wewnętrznego” wskazuje cenę netto w wysokości 3.885.811,20 zł powiększoną o podatek VAT w kwocie 366.300,00 zł. Kwota podatku VAT nie odpowiada obowiązującym stawkom podatkowym. Tym samym nie jest jednoznaczna i ostateczna zgodnie z §14 ust 1 SIWZ. Można jedynie domniemywać, że wykonawca uśrednił stawkę VAT-u na bliżej nie określonych zasadach, co jest niedopuszczalne. Zaakceptowanie dowolności wyliczeń podatku prowadzi do obejścia prawa i rodzi uzasadnione obawy co do rzetelności wykonawcy. Prawidłowe wyliczenie stawki VAT w wysokości 22% spowoduje bowiem, iż należny podatek wynosić będzie 854.878,46 zł, a nie jak podał wykonawca 366.300,00 zł. W konsekwencji prawidłowo obliczona cena brutto usługi z Zadania I wynosić będzie 4.740.689,66 zł, a łączna cena obu zadań wynosi 8.340.689,66 zł i jest wyższa od ceny brutto *Odwołującego* o 93.381,98 zł. zastosowanie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Ponadto obecny *Odwołujący* zgodził się również z linią orzecznictwa w przedmiocie nie stosowania indywidualnych interpretacji Urzędów skarbowych lub Głównego Urzędu Statystycznego dla konkretnych spraw w sytuacji, gdy ich stosowanie wynika bezpośrednio z przepisów prawa. Okoliczność ta nie zwalnia jednak oferentów z obowiązku stosowania prawidłowych stawek podatku, zaś kontrola poprawności obliczenia tego podatku winna odbywać się na etapie wyboru oferty a następnie ewentualnego odwołania czy też skargi. W ocenie obecnego *Odwołującego* dwuinstancyjny proces weryfikacji postępowania przed KIO

a następnie właściwym sądem okręgowym jest gwarantem przestrzegania porządku prawnego przez wszystkich uczestników postępowania.

Zdaniem obecnego Odwołującego wykonawca sporządzając ofertę opartą na błędnych stawkach VAT dokonuje obejścia przepisów prawa określających zasady wyboru najkorzystniejszej cenowo oferty. Akceptując taki stan rzeczy Zamawiający w praktyce może doprowadzić do hipotetycznej sytuacji, że wszyscy oferenci będą stosowali 0% stawki VAT aby uzyskać najkorzystniejszą cenę brutto (co i tak nie zmienia faktu, iż w takiej sytuacji oferta obecnego Odwołującego nadal byłaby najkorzystniejsza). Takie jednak postępowanie należy uznać za naganne i oczywiście sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 27 grudnia 2010 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 28 grudnia 2010 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie Oddział w Łodzi, 91-203 Łódź, ul. Traktorowa 141/143 (zwany dalej: „obecnym Przystępującym”).

Na podstawie dokumentacji niniejszego postępowania, wyroku KIO z dnia 15 grudnia 2010 r. wydanego w sprawach połączonych KIO 2607/10, KIO 2613/10, treści odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 24 listopada 2010 r. przekazał wykonawcom informację o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KSM Polska Sp. z o.o. oraz Klüh Clinic Service GmbH oraz odrzuceniu oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

W dniu 2 grudnia 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Hospital Services Eko-Partner Sp. z o.o. złożyli odwołanie (sprawa o sygn. akt KIO 2607/10) m.in. na czynności Zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Hospital Services Eko-Partner Sp. z o.o. zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i wniesli o nakazanie Zamawiającemu: odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, i 6 ustawy Pzp oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Obecny Odwołujący (wykonawcy wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia KSM Polska Sp. z o.o. oraz Klüh Clinic Service GmbH) przystąpił do przedmiotowego

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2607/10.

W dniu 2 grudnia 2010 r. wykonawca - Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie złożył odwołanie (sprawa o sygn. akt KIO 2613/10) m.in. na czynności Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty oraz wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KSM Polska Sp. z o.o. oraz Klüh Clinic Service GmbH. Wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie zarzucił Zamawiającemu m. in. naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i wniósł m. in. o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego KSM Polska Sp. z o.o. oraz Klüh Clinic Service GmbH oraz o odrzucenie oferty tegoż wykonawcy.

Obecny Odwołujący przystąpił do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2613/10.

Wyrokiem z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 2607/10 oraz 2613/10 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie o sygn. akt 2607/10 zaś odwołanie o sygn. akt 2613/10 uwzględniła i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego i nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 17 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców iż po

dokonaniu czynności wskazanych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2010r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek, stanowiących podstawę odrzucenia odwołania. Fakt ich zaistnienia Izba zobowiązana jest zbadać z urzędu. Przyczynami odrzucenia odwołania jest m.in.: okoliczność, iż odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp).

Zaistnienie przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba stwierdziła w niniejszej sprawie.

Zauważyć bowiem należy, iż w dniu 24 listopada 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Hospital Services Eko-Partner Sp. z o.o. wnieśli odwołanie na czynność zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (obecnego Odwołującego), które Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła wydając wyrok z dnia 15 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2607/10 oraz 2613/10. Obecny Odwołujący przystąpił po stronie Zamawiającego do odwołania wniesionego przez ww. wykonawców.

Izba w wyroku tym rozpoznawała zarzuty obecnego Odwołującego zawarte w przedmiotowym odwołaniu wobec czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego. Obecny Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 oraz art. 58 kc.

Wyrokiem z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2607/10 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie.

W tym miejscu należy wskazać, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 grudnia 2010 r. rozpatrywała zarzuty postawione przez obecnego Odwołującego skierowane przeciwko czynności zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Powyższe znalazło odbicie w treści sentencji Izby.

Na uwagę zasługuje fakt, że Odwołujący nie kwestionował zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez Przystępującego oferty w drodze skargi do sądu.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby w niniejszej sprawie stwierdził, że Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego (Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie), wykonał te czynności zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 15 grudnia 2010 r.

Ponadto Izba zauważyła, iż wskazanie przez Odwołującego dodatkowej kwalifikacji prawnej (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 58 kc) w świetle argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu nie stanowi nowego zarzutu.

Wobec zaistnienia przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, co w świetle zaistniałego stanu faktycznego jest bezsporne Izba nie analizowała innych podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania.

W związku z powyższym przyjęcie przedmiotowego odwołania do rozpatrzenia (w kształcie zarzutów w nim sformułowanych) prowadziłoby w konsekwencji do ponownej oceny okoliczności, co do których Izba wyrokowała już w wyroku z dnia 15 grudnia 2010 r.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....