

WYROK
z dnia 3 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 3 września 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Clar System S.A (pełnomocnik wykonawców), (2) Hospital System Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Janickiego 20b, 60-452 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (pełnomocnik wykonawców); Naprzód sp. z o.o. w Krakowie, IZAN+ Sp. z o.o. w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym nakazuje odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie i IZAN+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
2. Kosztami postępowania obcią a **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **(1) Clar System S.A (pełnomocnik wykonawców), (2) Hospital System Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.1 zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu** na rzecz **(1) Clar System S.A (pełnomocnik wykonawców), (2) Hospital System Sp. z o.o.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający: **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie kompleksowego sprzątnia, dezynfekcji w obiektach **Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu** oraz czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego, ogłoszonego w DUUE Europejskiej pod numerem: 2013/S 090-153350.

Odwołujący: 1. **CLAR-SYSTEM S. A. w Poznaniu** i **HOSPITAL SYSTEM Sp. z o.o. w Poznaniu** wniósł odwołanie i zarzucił zamawiającemu:
- wybór oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,

tj. Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, mimo że jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny, nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;

- zaniechanie odrzucenia oferty ww mimo, że jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny, powinna zostać odrzucona.

Powyższe, w ocenie Odwołujących, było niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz art. 43 ust. 1 pkt 18 a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535, z późn. zm.).

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wnoszą o:

unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie

Zamawiającemu wykonania badania i ofert, nakazanie ponownego oceny

Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia, tj. Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w

Krakowie i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w

Krakowie, wyboru oferty Odwołujących się jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że oferta wymienionych Wykonawców powinna zostać

odrzucona ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny.

3

W wyniku analizy oferty wybranej, Odwołujący stwierdzili, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, polegające na ustaleniu wartości zamówienia za pomocą różnych stawek podatku VAT. Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że łączna cena netto, za jaką Wykonawca wykona zamówienie to 10.174.594,52 zł.

Przy uwzględnieniu stawki podatku VAT 23%, łączne wynagrodzenie brutto Wykonawcy powinno wynieść 12.514.751,26 zł, a nie jak to zostało podane w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty 11.349.760,00 zł. Ponadto z analizy Odwołującego wynika, że przy obliczeniu całkowitego wynagrodzenia wykonawcy, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zastosowali różne stawki podatku VAT (łącznie ze stawką zwolnioną), gdy zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 8% sprowadzałoby się do przedłożenia oferty na kwotę 10.988.562,08 zł brutto. W ocenie Odwołującego się zwolniona kwota podatku to 164.991,26 zł.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18 a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza. Z przepisu wynika, że dostawa towarów i świadczenie usług na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw może korzystać ze są ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Wykładni przepisów art. 43 ust. 18 a ustawy o podatku od towarów i usług należy dokonywać w kontekście przepisu art. 132 ust. 1 lit. b) i c) Dyrektywy 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L Nr 347, str. 1 z późn. zm.), zgodnie z którym zwolnieniu od podatku przez państwa członkowie podlegają opieka szpitalna i medyczna oraz ściśle z nimi związane czynności podejmowane przez podmioty prawa publicznego lub, na warunkach socjalnych porównywalnych do stosowanych w odniesieniu do instytucji prawa publicznego, przez szpitale, ośrodki medyczne i diagnostyczne oraz inne odpowiednio uznane placówki o podobnym charakterze, a także świadczenie opieki medycznej w ramach zawodów medycznych i paramedycznych, określonych przez zainteresowane państwo członkowskie. Pojęcia „opieki medycznej” i „działalności ściśle związanej z opieką szpitalną i medyczną (leczeniem szpitalnym i medycznym)”

4

należy interpretować w ten sam sposób w obu przypadkach, ponieważ oba te przepisy mają na celu uregulowanie ogółu zwolnień świadczeń medycznych w ścisłym znaczeniu.

Kryterium takiego nie spełnia żadna z usług opisanych w siwz nr 22/2013 Zamawiającego. Usługi wymienione w SIWZ nie są usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, ani też nie są ściśle z tymi usługami związanymi. Analizowanym usługom nie można równie przypisać celu terapeutycznego. Cech takich nie można przypisać również czynnościom pomocniczym i usługom transportu wewnętrznego opisanym w pkt. 5. Wymienione w SIWZ usługi nie są świadczeniami zdrowotnymi wykonywanymi w stosunku do chorych, mającymi cel terapeutyczny. Usługi te mają zapewnić jedynie prawidłowe funkcjonowanie podmiotu leczniczego pod względem technicznym i porządkowym.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w interpretacjach indywidualnych organów podatkowych. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu w interpretacji indywidualnej z dnia 15 lipca 2013 r. nr ILPP1/443-306/13-2/AW wskazał, iż usługi w zakresie transportu lub pomocy przy transporcie zwłok, pomocy przy transporcie i myciu narzędzi, transporcie brudnej i czystej bielizny, transporcie odpadów, transporcie narzędzi i materiałów, transporcie łóżek nie korzystają ze zwolnienia o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 a, lecz winny być opodatkowane stawką w wysokości 23%.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż całość usług określonych w SIWZ winna być objęta stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23%.

Oferta nie może zostać poprawiona jako inna omyłka powodująca niezgodność oferty z SIWZ, gdy Zamawiający w SIWZ nie wskazał stawki podatku, która powinna być zastosowana przy obliczeniu ceny oferty.

KIO stwierdziła, że: „Poprawienie stawki VAT na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest obligatoryjne - jednak tylko, gdy stawka podatku została określona w SIWZ i gdy poprawienie takiej omyłki nie będzie powodować istotnej zmiany w treści ofert. Tym samym, „niedopuszczalne jest uznanie za oczywistą omyłkę rachunkową wskazania błędnej stawki VAT. Jest to błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6...”.

W wyroku z dnia 13 listopada 2012 roku, KIO stwierdziła, że „1. Określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki VAT oraz obliczenie w oparciu o tę stawkę VAT

jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zamawiający w świetle dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny w zakresie określenia właściwej stawki VAT.

2. W świetle art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2001 r. o cenach nie budzi wątpliwości, że VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert nakłada obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki VAT. 3. Skoro usługą podstawową, objętą przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania czystości w obiektach szpitala, która nie podlega zwolnieniu z VAT, a usługi pomocnicze, wymienione w SIWZ, nie są usługami ściśle związanymi z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, to nie zaistniała podstawa do zastosowania zwolnienia od VAT, określona w art. 43 ust. 1 pkt 18 u.p.t.u.”

W wyroku z dnia 6 listopada 2012 roku, KIO stwierdziła, że „...Uznanie błędnej stawki VAT za błąd w obliczeniu ceny chroni uczciwą konkurencję, gdy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie powinni konkurować ze sobą przez zaniżanie stawek podatkowych. Posługiwanie się niższą, niż wynikającą z przepisów stawką VAT, godzi w zasady wynikające z art. 7 ust. 1 p.z.p.”.

Zastosowanie przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie i

Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie niewłaściwej stawki VAT, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, skutkować powinno bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

Zamawiającywn ióśł o oddalenie odwołania ze względu na brak interesu Odwołującego w jego zło eniu. Zauwa ył , e kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 12 200 000 zł. Cena oferty Odwołującego to 13 235 000 zł, a to oznacza, e ten wykonawca nie uzyska zamówienia w tym postępowaniu. Stwierdził , e Odwołujący błę dnie interpretuje uchwały SN dotyczące błędu w obliczeniu ceny . Zauwa ył , e oferty z nieprawidłową stawką VAT nie podlegają wprost odrzuceniu, lecz mo liwe jest

6

przeprowadzenie procedury poprawienia omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3. Wskaz ał na wyrok KIO sygn. 2603/12. Zauwa ył , e w rozliczeniach stron istotna jest cena brutto, zaś cena netto ma jedynie charakter informacyjny. Stwierdził , i teza Odwołującego, i w tym postępowaniu ma zastosowanie jedynie stawka podstaw owa nie jest oczywista. Wskazał na orzeczenie Izby sygn. akt KIO 428/13.

Przystępujący wn ióśł o oddalenie odwołania. Wskaz ał , e odwołanie podlega ocenie w granicach zarzutów, jakie zostały wniesione, co oznacza brak podstaw do rozpatrzenia nowych zarzutów, które wskazano w toku rozprawy. Zauwa ył , e cena, zgodnie z jej ustawową definicją, jest kwotą brutto, tj. uwzględnia podatek VAT. Taką cenę kalkuluje wykonawca i ewentualny taki błąd jest błędem, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6. Zauwa ył , e w tym postępowaniu Zamawiający nie ądał przedstawienia stawki podatku ani kwoty podatku VAT, w związku z tym domniemania Odwołującego w tym zakresie przedstawione w odwołaniu są nieuzasadnione i nie mają podstaw. Zło ył wyjaśnienia Odwołującego w innym postępowaniu do sp r awy 428/13. Stwierdził , e odwołujący nie miał wiedzy o zastosowanej stawce podatku VAT. W treści oferty stawka nie była podawana wobec braku takiego wymogu w formularzu ofertowym; nale ało podać jedynie łączną cenę netto oraz brutto. Przystępujący zauwa ył , i w przypadku omyłki w obliczeniu ceny netto zamawiający powinien był ją poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Poprawienie takie nie powoduje adnej istotnej zmiany w treści oferty, albowiem cena netto nie ma znaczenia dla wzajemnych rozliczeń stron, ma wyłącznie znaczenie informacyjne. Gdyby zatem nawet uznać , e omyłka taka ma miejsce, to fakt ten nie ma wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść oferty przystępującego zwa yła, co następuje.

Izba uznaje, e odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania mo e dać mu mo liwość uzyskania zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, a fakt, e cena przez niego zaoferowana jest wy sza od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie mo e prowadzić do wniosku, i rozstrzygnięcie nie mo e mieć wpływu na wynik postępowania.

7

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp, a tym samym nie rozpatrywała nowych zarzutów podniesionych na rozprawie.

Skład orzekający stwierdził , e oferta przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na ustaleniu wartości zamówienia za pomocą ró nych stawek podatku od towarów i usług. Z treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza wynika, e łączna cena netto, za jaką Wykonawca wykona zamówienie to 10.174.594,52 zł, a łączne wynagrodzenie brutto Wykonawcy wynosi 11.349.760,00 zł. Przy niekwestionowanym przez strony stanowisku, i w niniejszym postępowaniu, z uwagi na przedmiot zamówienia, nale ało zastosować podstawową stawkę podatku od

towarów i usług w wysokości 23%, oczywiste jest, że w cenie zdefiniowanej zgodnie z ustawą o cenach tj. cenie brutto zastosowano, biorąc pod uwagę wskazaną wielkość netto, stawkę i wynikającą z niej kwotę podatku VAT niezgodną z ustawą o podatku od towarów i usług, tj. wyżej wskazaną.

Ustalenie powyższe prowadzi do wniosku, że wskazana cena zawiera błąd w obliczeniu w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, co obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty.

Iżba nie podziela stanowiska zamawiającego, i oferty z nieprawidłową stawką VAT nie podlegają wprost odrzuceniu, lecz może być przeprowadzenie procedury poprawienia omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Należy zauważyć, dzieląc stanowisko Sądu Najwyższego w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11, i w sytuacji, w której zamawiający nie określił w siwz stawki podatku VAT – a taka sytuacja braku określenia stawki miała miejsce w przedmiotowej sprawie – nie może dojść do innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, ponieważ nie wystąpi ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.

W tym świetle przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku, a ocena ta wynika z faktu i nie przyjęto, jak wyżej wskazano, stawki podstawowej, oznacza błąd w obliczeniu ceny zawartej w ofercie niezależnie od motywów wykonawcy ustalającego treść oferty.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

8

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z rozporządzeniem 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

9