

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 marca 2009 roku

Sąd Okręgowy w Łodzi, Wydział X Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia S.O. Krystyna Lutrzykowska (spr.)

Sędziowie: S.O. Dorota Ochalska - Gola

S.R. Bartosz Kaźmierak (deleg.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Bożena Lerka

po rozpoznaniu w dniu 6 marca 2009 roku w Łodzi

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy: Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie

z udziałem Zamawiającego Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. Wł. Biegańskiego w Łodzi i Przystępującego Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

o zamówienie publiczne

wniesionej od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 14 stycznia 2009 roku; sygn. akt KIO/UZP/1518/08

I. zmienia zaskarżony wyrok i nakazuje Zamawiającemu - Wojewódzkiemu Specjalistycznemu Szpitalowi im. Wł. Biegańskiego w Łodzi powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. zasądza od Zamawiającego - Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. Wł. Biegańskiego w Łodzi na rzecz skarżącego - Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie kwotę 3.000,00 zł. (trzy tysiące) tytułem zwrotu kosztów w postępowaniu ze skargi. ¥.

Sygn. akt X Ga 48/09

UZASADNIENIE

Spółdzielnia Inwalidów „NAPRZÓD” z siedzibą w Krakowie pismem z

dnia 9 grudnia 2008 roku złożyła protest na czynności Zamawiającego - Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. dr Wł. Biegańskiego - związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowe utrzymanie czystości w szpitalu oraz wewnętrzny transport medyczny wykonywany przez sanitariuszy, polegający na dokonaniu czynności:

- 1) oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;
- 2) wyboru oferty Konsorcjum Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszej;
- 3) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Konsorcjum Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalił protest wskazując, iż zarzut naruszenia art.

183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest chybiony. Podniósł, iż punkt VI. 12 SIWZ przewiduje obowiązek załączenia do oferty „Opisu sposobu świadczenia usługi przedstawiającego również wykaz środków transportu wewnętrznego przeznaczonych do przewożenia materacy, bielizny itp. tj. co najmniej 2 pojazdy zakryte, w tym przynajmniej 1 samochód”. Podejmując w dniu 2 grudnia 2008 roku decyzję o ujawnieniu stron oferty Konsorcjum nr 128 - 130

zawierających właśnie „Opis sposobu świadczenia usługi w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi” w zakresie wymaganym postanowieniem pkt. VI. 12 SIWZ Zamawiający uwzględnił żądanie Protestującego. Zamawiający był zatem zobowiązany zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp do dokonania czynności ujawnienia tychże stron niezwłocznie, co uczynił załączając ich kopie do pisma w sprawie rozstrzygnięcia protestu. Inne rozwiązanie stanowiłoby niczym nie uzasadnioną zwłokę Zamawiającego w prowadzeniu postępowania.

Ponadto w ocenie Zamawiającego, decyzja o nieujawnieniu pozostałych stron oferty zawierających specjalistyczne dane technologiczne, techniczne i organizacyjne stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum pozostawała bez wpływu na możliwość weryfikacji ważności oferty przez Protestującą. Uzyskała bowiem pełną możliwość kontroli poprawności działań Zamawiającego, gdyż miała wgląd w całość oferty w kształcie wymaganym postanowieniami SIWZ, w zakresie szczegółowej kalkulacji cenowej oferty, jej części formalnej oraz merytorycznej - wymaganej postanowieniem pkt VI. 12 SIWZ - czyli w opis sposobu świadczenia usługi.

Podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodność treści oferty z treścią SIWZ oraz jej cena. Nie stanowi zaś podstawy wyboru „atrakcyjność oferty”.

Zamawiający podniósł, iż dopuszczenie możliwości weryfikacji części oferty stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa spowodowałoby wypaczenie sensu i wyeliminowało możliwość zastosowania przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który z zachowaniem warunku odpowiedniego zastrzeżenia wykonawcy - nakazuje Zamawiającemu nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa. Każdy bowiem zainteresowany takimi informacjami konkurencyjny wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne mógłby argumentować, że to właśnie w nieujawnionej części oferty znajdują się treści wpływające na konieczność jej odrzucenia i skutecznie domagać się ich ujawnienia.

Odnosnie naruszenia art. 91 ust. 1 i nieodrzucenia oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6, Zamawiający uznał zarzut za niezasadny. Protestująca bowiem w żaden sposób nawet nie uprawdopodobniła, że zastosowana przez nią stawka podatku VAT w wysokości 22% jest jedyną dopuszczalną w odniesieniu do czynności świadczonych przez pracowników gospodarczych. Zdaniem Zamawiającego, nie było podstaw do twierdzenia, że w zamówieniu zastosowano wyłącznie stawkę „22%” lub stawkę „zw”. Zamawiający bowiem wyjaśnił, iż obowiązki pracowników gospodarczych wskazane w punkcie II, podpunkt 8 załącznika nr 6 do SIWZ oraz pozostałe czynności, które nie mogą zostać objęte stawką VAT „zw” mogą być wykonywane przez pracowników utrzymania czystości. Wobec tego twierdzenia Protestującej, że oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu ze względu na to, że stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji należało uznać za nieuprawniony.

Od powyższego rozstrzygnięcia protestu, w piśmie z dnia 23 grudnia 2008 roku Spółdzielnia Inwalidów „NAPRZÓD” wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu:

- 1) dokonanie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zarzuciła naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 183 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp;
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty Konsorcjum Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Konsorcjum Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 14 stycznia 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Spółdzielni Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie i obciążyła Odwołującego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu wskazano, że odwołujący podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą wycofał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym zarzut ten nie był przedmiotem rozważań. W zakresie pozostałych zarzutów sprowadzających się do nieprawidłowego zastosowania przez Konsorcjum stawki VAT „zw” zamiast 22 % co do usług świadczonych przez pracowników gospodarczych, a w konsekwencji omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny powodującej odrzucenie oferty tego wykonawcy, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż stosownie do pkt 1 i 2 komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24 stycznia 2005 roku w sprawie trybu udzielania informacji dotyczących standardów klasyfikacyjnych (Dz. Urz. GUS z 2005 roku, Nr 1, poz. 11) zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje prowadzoną działalność, swoje produkty (wyroby, usługi) towary, środki trwałe i obiekty budowlane według zasad określonych w poszczególnych klasyfikacjach i nomenklaturach, wprowadzonych rozporządzeniem Rady Ministrów lub stosowanych bezpośrednio na podstawie przepisów Wspólnoty

Europejskiej. Obowiązek zaklasyfikowania do właściwego grupowania statystycznego, spoczywa więc na wykonawcy. W przypadku trudności w ustaleniu właściwego grupowania, w tym rodzaju prowadzonej działalności zainteresowany podmiot może zwrócić się z wnioskiem do Urzędu Statystycznego w Łodzi, który udziela informacji w zakresie stosowania niektórych standardów klasyfikacyjnych m.in. PKWiU.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2007 roku Urząd Statystyczny w Łodzi wyjaśnił, iż usługi pomocnicze w oddziałach szpitalnych obejmujące takie czynności jak: transport chorych, pomoc pielęgniarce w wykonywaniu czynności higienicznych, pomoc personelowi w zabezpieczeniu i unieruchomieniu pacjenta agresywnego, przekazywanie rzeczy osobistych pacjenta do i z magazynu, transport materiału diagnostycznego pobranego przez pacjenta, transport materacy, poduszek do dezynfekcji, transport sprzętu medycznego i pomocniczego z oddziałów do naprawy i konserwacji, transport brudnej i czystej bielizny do i z pralni, mieszczą się w grupowaniu PKWiU 85.14.18-00.00 „usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane”. Natomiast utrzymanie czystości w szpitalu polegające na myciu okien, polerowaniu mebli, sprzątaniu i sterylizacji sal operacyjnych, myciu i pastowaniu podłóg itd. PKWiU 74.70.1 „Usługi sprzątania i czyszczenia obiektów”.

Zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w wyjaśnieniach nie podawał wysokości stawki podatku, którą należy zastosować.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw by uznać, że klasyfikacja zastosowana przez Przystępującego jest błędna. Wprawdzie ani pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi załączone przez Zamawiającego, ani pismo tego Urzędu z dnia 5 lutego 2008 roku przedstawione przez Przystępującego nie wymieniają dokładnie wszystkich czynności wskazanych przez Zamawiającego jako obowiązki pracownika gospodarczego, to są one na tyle podobne do tych, które Urząd Statystyczny w Łodzi zakwalifikował do podkategorii 85.14.18-00.00, że brak jest podstaw do uznania aby klasyfikacja zastosowana przez Przystępującego była błędna. Skład wskazał ponadto, że odwołujący nie przedstawił dowodu wskazującego na to, że wykonawcy mieli obowiązek zastosować wyłącznie podkategorię 74.70.1 (szczególnie przy możliwości wyłączenia z tej grupy usług sprzątania i przeniesienia ich do grupy pracowników utrzymania czystości) do czego był zobowiązany na podstawie art. 6 k.c.

W dniu 23 stycznia 2009 roku Spółdzielnia Inwalidów „NAPRZÓD” wniosła skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie w związku z nieuwzględnieniem faktu, że oferta uczestnika zawiera błędy w obliczeniu ceny wynikające z faktu zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT;
2. naruszenie art. 91 ust.1 poprzez błędne zastosowanie i w konsekwencji pominięcie, że jedna z ofert musiała podlegać odrzuceniu ze względu na błąd w obliczeniu ceny - skoro złożono dwie oferty uwzględniające różne stawki VAT co do tego samego przedmiotu zamówienia;
3. naruszenie art. 188 ust. 7 Pzp w związku z pominięciem istotnych argumentów podniesionych w odwołaniu oraz wyciągnięciem z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku i nakazanie Zamawiającemu

- unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- odrzucenie oferty Konsorcjum Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Hospital Servis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 Pzp oraz zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu skarżący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza błędnie sklasyfikowała usługi obejmujące czynności wymienione w pkt II Załącznika nr 6 do SIWZ - pracownicy gospodarczy oddziałów do podkategorii PKWiU, a zatem przyjęła w stosunku do nich niewłaściwą stawkę podatku VAT i wobec tego nieprawidłowo stwierdziła, że oferta Uczestnika nie zawiera błędów w obliczeniu ceny i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 Pzp. Zdaniem skarżącego usługę obejmującą łącznie wszystkie czynności wymienione w pkt II Załącznika nr 6 należy zaliczyć do podkategorii PKWiU nr 74.70.1 obejmującej usługi sprzątania i czyszczenia obiektów w tym usługi sprzątania i czyszczenia obiektów (w tym usługi sprzątania tradycyjnego i specjalistycznego) i podlegającej opodatkowaniu stawką 22 % VAT. Ponieważ opodatkowanie właściwą stawką podatku VAT jest kategorią obiektywną podlegającą kontroli organów podatkowych nie może być przedmiotem dowolnych interpretacji Zamawiającego, zwłaszcza że - w ocenie Skarżącego - Zamawiający nie dokonał modyfikacji treści Załącznika nr 6 do SIWZ. Skarżący wskazał również, że informacja Urzędu Statystycznego w Łodzi powołana przez Krajową Izbę Odwoławczą nie odnosi się wprost do czynności wymienionych w pkt II Załącznika nr 6 do SIWZ. Nie może, w związku z tym stanowić podstawy rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała niezasadnej interpretacji rozszerzającej posługując się rozumowaniem przez analogię. Z informacji tej nie sposób bowiem wywieść, że kod 85.14.18 PKWiU - usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej sklasyfikowane - dotyczy usług wskazanych w pkt II Załącznika nr 6 takich jak np. sprzątanie pomieszczeń administracyjnych na oddziale pokoi lekarskich, sekretariatów, gabinetów ordynatorów czy sal wykładowych.

Skarżący wskazał także, że Zamawiający przyjął za prawidłowe dwie oferty, które zawierały ceny uwzględniające różne stawki VAT co do tego samego przedmiotu wyceny, podczas gdy powinien jedną z nich odrzucić jako zawierającą błąd w obliczeniach ceny, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Pozostawienie obu ofert jako prawidłowych czyni niemożliwym ich porównanie i dokonanie prawidłowego wyboru na podstawie art. 91 Pzp. Zamawiający nie może uchylić się od oceny ofert i prawidłowości w świetle art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Sąd Okręgowy — Sąd Gospodarczy zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna i powoduje zmianę zaskarżonego wyroku.

Zarzutem dalej idącym, przesądzającym o zasadności skargi, jest brak odrzucenia przez Zamawiającego jednej z ofert mimo zastosowania przez oferentów różnego podatku VAT za te same usługi. Powoduje to, - co podnosi skarżący - że obie oferty uznane zostały za poprawne choć niewątpliwie jedna z nich zawiera błąd przy określaniu stawki podatku VAT za usługi wskazane w punkcie II Załącznika nr 6 do SIWZ. Czyni to niemożliwym porównanie obu ofert i dokonanie prawidłowego wyboru.

Art. 88 Pzp przewidujący możliwość poprawiania omyłek w obliczaniu ceny zawiera pełny katalog takich możliwości. Nie mieści się w nich i jest w związku z tym niedopuszczalne poprawianie omyłek z obliczeniem podatku od towarów i usług lub z sumowaniem kwoty podatku i ceny netto, a także zastosowaniem błędnej stawki tego podatku. Obowiązkiem Zamawiającego jest w takiej sytuacji

zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odrzucenie tej oferty, która obciążona jest błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny.

Zamawiający nie odrzucając oferty zawierającej błąd w cenie lecz porównując je i dokonując wyboru najkorzystniejszej uniemożliwił prawidłowe wywiązanie się z obowiązku wynikającego z art. 91 ust. 1 Pzp. Na obecnym etapie postępowania powoduje to konieczność nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny obu złożonych ofert.

W zakresie dalszych zarzutów wskazać należy, że w ocenie skarżącego pismo Zamawiającego wyjaśniające wątpliwości wykonawców z dnia 5 listopada 2008 roku nie stanowi zmiany SIWZ. W piśmie tym na zapytanie czy obowiązki pracowników gospodarczych wskazane w punkcie II podpunkt 8 Załącznika nr 6 do SIWZ oraz pozostałe czynności, które nie mogą zostać objęte stawką VAT „zw” mogą być wykonywane przez pracowników utrzymania czystości, Zamawiający odpowiedział „Tak”, nie wyjaśniając czy mają być włączone do punktu T Załącznika nr 6 co stanowiłoby zmianę załącznika i SIWZ czy też odnoszą się tylko do czynności faktycznych, które pracownicy tego punktu będą wykonywać. Strony nie wskazały w jaki sposób Przystępujący ujął te czynności w swojej kalkulacji. Podnosi to również Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku wskazując na str. 9 tego uzasadnienia, że nie ma możliwości stwierdzenia na podstawie „kalkulacji kosztów miesięcznych” zawartej w ofercie, (w której podano jedynie ogólne ceny jednostkowe za usługi danych rodzajów pracowników) w jaki sposób Przystępujący podzielił te usługi pomiędzy obie grupy pracowników, tzn. czy skorzystał z opcji powierzenia części czynności pracownikom utrzymania czystości. Brak precyzji w odpowiedzi na zapytanie jak i wskazania w jaki sposób rozumieli i zastosowali tę odpowiedź oferenci uniemożliwia ocenę prawidłowości udzielonej odpowiedzi w świetle art. 38 ust. 2 Pzp. Nie budzi bowiem wątpliwości, że wyjaśnienie Zamawiającego powinno stanowić wyczerpującą odpowiedź na zapytanie wykonawcy i nie pozostawiać wątpliwości interpretacyjnych.

Nie stanowi odpowiedzi na zapytanie, wskazanie pisma Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 31 sierpnia 2007 roku dotyczącego niewątpliwie innej wątpliwości zgłoszonej w innej sprawie. Na podkreślenie zasługuje jednak wskazanie przez ten Urząd, że „usługi świadczone przez podmiot gospodarczy, który wykonuje prace w ramach umowy podpisanej ze szpitalem działa na własny rachunek i ryzyko, posiada własny sprzęt i materiały, zatrudnia pracowników - klasyfikowane są zgodnie z prowadzoną przez niego działalnością” co zdaje się nakazywać uwzględnianie zapisów o zakresie prowadzonej działalności w Krajowym Rejestrze Sądowym poszczególnego podmiotu.

Strony w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i w niniejszej sprawie wątpliwości tej nie wyjaśniły ani też nie wskazały jak zapis ten rozumiały i uwzględniły w SIWZ i w ofertach.

Jeżeli zapis Urzędu przy klasyfikacji usług nakazuje uwzględniać rodzaj działalności oferentów określonej w KRS - Zamawiający winien to wskazać, gdyż może to dotyczyć stawki podatku VAT jaką zobowiązani są stosować poszczególni oferenci. Nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego, że w zakresie należnej stawki podatku VAT nie może być stosowana analogia tak jak to uznała Krajowa Izba Odwoławcza. Przeczy to podstawom Prawa zamówień publicznych przewidującego jednakowe nie budzące wątpliwości interpretacyjnych, warunki składania ofert i ich oceny.

Bez wyjaśnienia wskazanych wątpliwości brak jest podstaw dla dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Wyjaśnienie ich pozwoli również ocenić prawidłowość klasyfikacji usług z punktu II Załącznika nr 6 od SIWZ jak i stawkę VAT jaką winny być objęte.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy — Sąd Gospodarczy w Łodzi na podstawie art. 198 pkt 2 zdanie II ustawy Prawo zamówień publicznych orzekł jak w punkcie 1 wyroku.

Podstawę rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu stanowił art. 98 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności stron za wynik procesu. Koszty procesu w niniejszej sprawie ponosi Zamawiający, ponieważ przegrał sprawę w całości. Z tego względu Sąd zasądził od Zamawiającego Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi na rzecz Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie kwotę 3.000 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

" Wygła&l® wla&awe podpisy

\ za zgodność świadczy;

" \ u St. SEKRETAR\

. ! X Wydziału Gospodarczego

/ Sądu Okręgowego w Łodzi

Beata Kolczyńska