

Sygn. akt: KIO/UZP 1536/09

**WYROK**  
z dnia 17 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Andrzej Niwicki  
**Członkowie:** Izabela Niedziałek-Bujak  
Marzena Teresa Ordysińska  
**Protokolant:** Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2009 r. 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bresco Consulting Sp. z o.o., 53-608 Wrocław, ul. Robotnicza 32** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, 67-100 Nowa Sól, ul. Chałubińskiego 7** protestu z dnia 18 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Bresco Consulting Sp. z o.o., 53-608 Wrocław, ul. Robotnicza 32**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Bresco Consulting Sp. z o.o., 53-608 Wrocław, ul. Robotnicza 32,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bresco Consulting Sp. z o.o., 53-608 Wrocław, ul. Robotnicza 32.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Odwołujący się wykonawca – Bresco Consulting sp. z o. o. zs we Wrocławiu uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości” zarzucił Zamawiającemu, którym jest Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli naruszenie:

1/ art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy – konsorcjum firm Impel Cleaning sp. z o. o. i Hospital Serwis sp. z o. o.,

2/ naruszenie art. 7, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wskazanego w pkt 1,

3/ naruszenie art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty wykonawcy wskazanego w pkt 1.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o uchylenie czynności wyboru oferty, ponowne badanie i ocenę ofert, wykluczenie wykonawcy konsorcjum firm Impel Cleaning sp. z o. o. i Hospital Serwis sp. z o. o. i odrzucenie oferty tego wykonawcy, a nadto wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał na brak w ofercie Przystępującego polegający na nie złożeniu wymaganych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów potwierdzających fakt wniesienia wadium w postaci kopii dokumentów gwarancji wadialnej. Stwierdził, że brak aneksów nr 3, 4 i 5 do gwarancji winien skutkować odrzuceniem oferty na podstawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, powołując wymagania SIWZ na str. 64 i 65 oraz odpowiedzi na pytania, że Zamawiający wymaga szorowarki, żądając, by była to maszyna czyszcząca obrotowa o średniej prędkości 400/800 obr./min oraz by raz w roku szorować na mokro podłogę wykorzystując maszynę czyszcząca 400 obr./min i polerować ją do sucha maszyną 400 obr/min. Konsorcjum (Przystępujący) zaoferowało w poz. 10A szorowarkę, która jest ciężką maszyną jednotarczową z podwójną prędkością obrotową 165 obr/min i 330 obr/min, a w pozycji 10B polerkę o jednej prędkości obrotowej 1200 obr/min. Zaoferowane maszyny nie spełniają wskazanego wymogu prędkości obrotowej. Odwołujący kwestionuje przy tym twierdzenia konsorcjum, jakoby wpisanie do wykazu oferowanego sprzętu maszyny innej niż wymagana, mogło być konwalidowane zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż błędne oświadczenie złożone przez profesjonalny podmiot, nie jest błędem w rozumieniu powołanego przepisu.

Odwołujący stwierdził, że konsorcjum zaoferowało użycie maszyny o innych parametrach od wymaganych w SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Odnosząc się do stanowiska zawartego w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz rozstrzygnięciu protestu Odwołujący stwierdził, że nie jest możliwe relatywizowanie zapisów SIWZ poprzez twierdzenie, jakoby wskazane w „Instrukcji konserwacji i eksploatacji wykładzin obiektowych PCV” prędkości obrotowe były jedynie zaleceniami producenta, nie obowiązującymi wykonawców, czego potwierdzeniem mają być wyrwane z kontekstu instrukcji słowa: „Ponieważ każde miejsce zastosowania ma inne cechy użytkowe, podane tutaj zalecenia należy dostosować do lokalnych warunków eksploatacyjnych”. Rozpatrując te słowa w granicach określonych instrukcją należy przyjąć stosowanie prędkości obrotowej z zakresu pomiędzy 400 a 800 obrotów na minutę. Natomiast zaoferowana przez konsorcjum maszyna nie umożliwia zastosowania produktów konserwujących zgodnie z zaleceniami producenta.

Uzasadniając kolejny zarzut Odwołujący wskazuje, że konsorcjum w formularzu cenowym w pozycji 40 – biurowiec- w strefie reżimu I zastosowało stawkę podatku VAT „zw”, podobnie w pozycji 43 – kotłownia – w strefie reżimu I. Wykonawca powołał się na pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 26.03.2009 r. wydane przed wszczęciem postępowania, wg którego usługi sklasyfikowane w grupowaniu 85.14.18-00.00 – usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane, to także te

usługi świadczone w kotłowni i biurowcu, bowiem np. z tych miejsc są usuwane odpadki, albo ma miejsce transport sprzętu gospodarczego z magazynu. W ocenie Odwołującego, przy braku treści zapytania kierowanego do urzędu statystycznego, interpretacja pisma dokonana przez konsorcjum dotycząca stawki „zw” w biurowcu i kotłowni, jest swobodna i nieprawidłowa.

W rzeczywistości usługi utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitali powinny być sklasyfikowane w grupowaniu 74.70 – usługi sprzątania i czyszczenia obiektów; również Zamawiający określając główny przedmiot zamówienia wskazał CPV 74.70.00.00. Odwołujący powołał przy tym wieloletnią korespondencję z Urzędem Statystycznym stwierdzając, że do tych usług ma zastosowanie stawka podatku VAT w wysokości 22%.

Odwołujący stwierdził, że podane błędnej stawki podatkowej stanowi błąd w obliczeniu ceny, a wobec zaniżenia ceny, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione.

Stwierdził, że wraz z ofertą otrzymał kopie dokumentów potwierdzających wniesienie wadium przez Przystępującego na okres związania ofertą.

W ocenie Zamawiającego, zaoferowanie przez Przystępującego sprzętu w postaci szorowarki i polerki nie może być rozpatrywane w kontekście naruszenia art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie sformułował w tym zakresie wymogu wobec wykonawców. Zamawiający analizując treść załącznika do SIWZ „Instrukcja konserwacji i eksploatacji wykładzin PCV” stwierdził, że przywołane tam prędkości stanowią jedynie pewne zalecenia producenta, które należy ważyć ze względu na cechy użytkowe sprzątanego miejsca oraz lokalne warunki eksploatacyjne.

Zamawiający stwierdził również, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczania i wpłacania podatku od towarów i usług. Zauważył, że w specyfikacji nie przedstawił swoich wymogów dotyczących stawek podatku VAT i powinien oprzeć się na wyliczeniach wykonawcy. Stwierdził, że nie jest organem podatkowym właściwym do rozstrzygania wątpliwości dotyczących stosowania przepisów podatkowych. W związku z powyższym nie ma prawa, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, odrzucić oferty, w której została obliczona cena w inny sposób, niż zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego.

Zamawiający wskazał, że wezwał wykonawców do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT i otrzymał od Przystępującego wyczerpujące wyjaśnienia poparte opiniami Urzędu Statystycznego. Opinie Urzędu Statystycznego na poparcie prawidłowości wyliczenia ceny swojej oferty złożył także Odwołujący. Opinie te nie są jednak w ocenie Zamawiającego dowodem na to, że Przystępujący zastosował, w budynkach biurowca i kotłowni, stawki sprzeczne z przepisami.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że zarzuty podlegają oddaleniu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – konsorcjum Impel Cleaning sp. z o. o. we Wrocławiu i Hospital Serwis sp. z o. o. we Wrocławiu wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że wskazanie potencjału technicznego w postaci szorowarki i polerki nie stanowi treści oferty, a ewentualne braki w tym zakresie, powodują wezwanie do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału, a nie odrzucenie oferty. Przystępujący wskazał, że z treści SIWZ nie wynika wymóg co do liczby obrotów maszyn, a wywodzenie takich okoliczności przez Odwołującego z treści „Instrukcji konserwacji...” jest nieuzasadnione, brak jest również dowodu, by maszyny, jakimi dysponuje Przystępujący, nie mogły być wykorzystane do konserwacji wykładzin PCV w sposób zgodny z instrukcją producenta.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zastosowanej stawki podatku VAT w biurowcu i kotłowni Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko zawarte w pismach z 21.09.2009 r. i 7.09.2009 r. wskazując, że w zakresie prac wymaganych w SIWZ znalazły się czynności związane z utrzymaniem czystości, utrzymaniem terenów zewnętrznych, pracami pomocowymi na żądanie pielęgniarki oddziałowej i transportem wewnętrznym, stwierdził, że do złożenia oferty i wykonania tego zadania powołano konsorcjum, którego członek jest wyspecjalizowaną spółką świadczącą usługi w zakresie czynności sklasyfikowanej przez Urząd Statystyczny w Łodzi w grupowaniu PKWiU 85.14.18.00 jako „Usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe gdzie indziej nie sklasyfikowane”. Wskazał na szereg czynności zawierających się w tych usługach. Stwierdził, że wymienione czynności są wymienione w wykładni Urzędu Statystycznego z dnia 26.03.2009 r. i objęte są stawką podatku VAT „zw”. Mając na uwadze tę interpretację Przystępujący wskazał, że czynności pomocnicze przy obsłudze pacjenta oraz czynności w zakresie zbiórki, segregacji i transportu odpadów szpitalnych, komunalnych oraz transportu wewnątrzszpitalnego, są zakwalifikowane jako „ Usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe gdzie indziej nie sklasyfikowane”, które na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) wymienione w załączniku nr 4 poz. 9 do ustawy, pozostają zwolnione z opodatkowania podatkiem VAT. Powołał się na orzeczenie KIO/UZP 144/09, wg którego cena przewidziana za usługi sprzątnia (opodatkowane stawką VAT 22%) i usługi pomocnicze przy pacjencie, zbiórkę, segregację, transport odpadów oraz pozostały transport wewnętrzny (objęte zwolnieniem z podatku VAT), stanowi wynik strategii gospodarczej podmiotu składającego ofertę, który ma prawo samodzielnie wyliczyć koszty świadczonych przez siebie usług, a w przypadku usług

kompleksowych, ma również dowolność w określaniu kosztów poszczególnych usług i ich wzajemnych proporcji.

W toku rozprawy, na potwierdzenie swojego stanowiska, złożył interpretację indywidualną z dnia 2.10.2009 r. wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu na złożone zapytanie przez członka konsorcjum w stanie faktycznym odpowiadającym przedmiotowi sporu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron i uczestnika, ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak słusznie wskazał Odwołujący, w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale I pkt 10.4 zawarto wymóg, iż w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej, do oferty należy złożyć kopię gwarancji potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Sporna między stronami jest kwestia, czy do oferty przystępującego załączono kopię gwarancji bankowej obejmującej cały okres związania ofertą, gdyż w odróżnieniu od Zamawiającego i Przystępującego, Odwołujący twierdzi na podstawie otrzymanej od Zamawiającego kopii oferty, że brak w niej było w dniu składania ofert aneksów nr 3, 4 i 5 gwarancji bankowej. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że ustalenie stanu faktycznego sprawy w przedmiotowym zakresie nie ma wpływu na wynik postępowania. Należy zauważyć, że poza sporem jest, iż wadium zostało wniesione przez przystępującego w wymaganej formie, kwocie i zakresie. Natomiast wymagany dodatkowo dokument w postaci kopii nie stanowi w istocie treści oferty, której niezgodność miałaby skutkować odrzuceniem oferty. Wymóg powyższy ma bowiem charakter formalny, a jego ewentualne nie spełnienie i uchybienie warunkowi postawionemu w specyfikacji, nie powoduje zajścia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym uznając, że nie potwierdziła się okoliczność niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, zarzut został oddalony.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego wskazania maszyn, jakimi dysponuje wykonawca ustalono, że wymogi tego dotyczące zostały wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 19 z dnia 24 czerwca 2009 r., gdzie nie sformułowano warunku dotyczącego prędkości obrotowej maszyn do szorowania i polerowania powierzchni z wykładzin PCV. Jest przy tym niesporne, że w powołanej postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako jej załącznik „Instrukcji konserwacji i eksploatacji wykładzin PCV” wskazano zalecane prędkości obrotowe tarcz czyszczących i polerujących, a urządzenia opisane przez Przystępującego posiadają inne parametry techniczne niż zalecane. Izba stwierdza, że niezależnie od faktu, czy wskazania w „Instrukcji...” mają charakter wiążący i czy rzeczywiście oceniać je należy jako zalecenia możliwe do modyfikacji w zależności od

konkretnych okoliczności, Zamawiający w zmodyfikowanych postanowieniach SIWZ nie sprecyzował parametrów technicznych przedmiotowych maszyn..

W konsekwencji, niezależnie od oceny, czy możliwe jest optymalne wykorzystanie maszyn wskazanych przez Przystępującego w wykonaniu przedmiotu zamówienia, nieuzasadniony jest zarzut niezgodności treści oferty w zakresie przedstawionego sprzętu z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego stawki podatku VAT zastosowanego przy obliczeniu oferty Przystępującego, Izba podziela pogląd Zamawiającego uznając za uzasadnione wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w pismach z dnia 21.08.2009 r. i 7.09.2009 r. W ocenie składu orzekającego usługi przewidziane do wykonania w przedmiotowym zamówieniu, dla których Przystępujący uwzględnił fakt ustawowego zwolnienia z podatku od towarów i usług mieszczą się kategorii „usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałych gdzie indziej nie sklasyfikowanych” tj. w grupowaniu PKWiU 85.14.18-00.00. Powyższe potwierdza wykładnia Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 26.03.2009 r., która jakkolwiek wydana przed wszczęciem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odnosi się do analogicznego stanu faktycznego. Kolejna interpretacja z dnia 2 października 2009 r. wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu upoważnionego do jej wydania oparta na stanie faktycznym opisanym przez członka konsorcjum Przystępującego stanowi potwierdzenie, że podmiot ten zgodnie z dyspozycją art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z poz. 9 załącznika nr 4 do ustawy prawidłowo stosuje wobec świadczonych w ramach konsorcjum usług zwolnienie od podatku VAT.

Izba uznaje wskazane stanowiska wydane przez ustawowo uprawnione podmioty prawa publicznego za miarodajne, co w niniejszej sprawie oznacza, iż zarzut odwołania w omawianym zakresie podlega oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji wyroku

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*