

WYROK

z dnia 9 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Ewa Rzońca

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez **INWEMER System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piotrkowie Trybunalskim** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital im. Franciszka Żaczka w Pucku**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **INWEMER System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piotrkowie Trybunalskim** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **INWEMER System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piotrkowie Trybunalskim** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **INWEMER System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piotrkowie Trybunalskim** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala im. Franciszka Żaczka w Pucku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital im. Franciszka Żaczka w Pucku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi kompleksowego sprzątnia obiektów szpitala im. Franciszka Żaczka w Pucku.

Postępowanie jest prowadzone w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 23 grudnia 2011 roku wykonawca INWEMER System Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy: BRESCO Consulting sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W związku z podjętymi czynnościami odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ustawy Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejawiające się w zastosowaniu, nieznanego ustawie Prawo zamówień publicznych, instytucji anulowania wyniku postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz bez wskazania uzasadnienia a także podstawy prawnej tej czynności,

2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy dopuszczalność żądania złożenia wyjaśnień upłynęła w dniu 01.12.2011 r. tj. z chwilą zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej;

3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na fakt, iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny w sytuacji, gdy odwołujący w sposób prawidłowy dokonał ustalenia ceny w zakresie podatku VAT;

4) art. 91 ust. 1 i 94 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór ofert najkorzystniejszej w sytuacji, gdy:

zawiadomieniem z dnia 13 grudnia 2011 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający poinformował odwołującego, iż jego oferta uzyskała największą ilość punktów i że z odwołującym zostanie zawarta umowa na świadczenie usługi kompleksowego sprzątnia obiektów szpitala im. Franciszka Żaczka w Pucku; pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. zamawiający poinformował, iż przed podpisaniem ww. umowy musi dokonać dodatkowych czynności w związku z czym nie może udzielić zamówienia na tym etapie oraz że anuluje wynik postępowania z dnia 13 grudnia 2011 r. w sytuacji gdy ustawa Pzp nie przewiduje takiej instytucji jak „anulowanie”.

Wobec powyższych zarzutów odwołujący się wniósł o :

1. unieważnienie czynności zamawiającego - decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego - decyzji o wyborze oferty firmy BRESCO Consulting s. z o.o. jako najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu zawarcia umowy na świadczenie usługi kompleksowego sprzątnia obiektów szpitala im. Franciszka Żaczka w Pucku z Odwołującym.

Odwołujący podniósł, że zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 grudnia 2011 r. Zamawiający poinformował, iż oferta złożona przez POLCLEAN Katarzyna Radziszewska uzyskała największą ilość punktów. Następnie pismem z dnia 13 grudnia 2011 r. Zamawiający poinformował, iż z uwagi na rezygnację firmy POLCLEAN z zawarcia ww. umowy, na podstawie art. 94 § 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wybierze ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny.

Zawiadomieniem z dnia 13 grudnia 2011 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający poinformował Odwołującego, iż jego oferta uzyskała największą ilość punktów i z Odwołującym zostanie zawarta umowa na świadczenie usługi kompleksowego sprzątnia obiektów szpitala im. Franciszka Żaczka w Pucku. Następnie pismem z dnia 16 grudnia 2011 roku zamawiający poinformował, iż przed podpisaniem umowy musi dokonać dodatkowych czynności w związku z czym nie może udzielić zamówienia publicznego na tym etapie i dokonał anulacji wyniku postępowania z dnia 13 grudnia 2011 r. Ponadto pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych polegających na wskazaniu podstawy prawnej zastosowania wysokości wskazanej stawki VAT, a tym samym obliczenia wartości brutto oferty.

W dniu 20 grudnia 2011 r. odwołujący otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy BRESCO Consulting s. z o.o. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, iż podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego był przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się podniósł, iż sprzeczne z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych (dalej ustawa) było „anulowanie” przez zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty - oferty odwołującego. Przepisy ustawy dopuszczają wyłącznie jeden przypadek dopuszczalności ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Mianowicie stosownie do art. 94 ust. 3 ustawy "jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1." W przedmiotowej sprawie nie zaistniała żadna z powyższych okoliczności, stąd zamawiający nie miał prawa do ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, co mimo to uczynił w dniu 20 grudnia 2011 r. Stąd zarówno pismo zamawiającego z dnia 16 grudnia 2011 r. jak i działanie z dnia 20 grudnia 2011 r. pozbawione było jakichkolwiek podstaw prawnych, a więc zostało dokonane z rażącym naruszeniem prawa. Już samo to działanie zamawiającego winno skutkować unieważnieniem czynności zamawiającego tj. decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego i decyzji o wyborze oferty firmy BRESCO Consulting s. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Dodatkowo zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie Odwołującego pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z powyższym „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.” Określenie „w toku badania i oceny ofert”, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, należy rozumieć jako obejmujące etap od otwarcia ofert aż do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty. W niniejszym postępowaniu etap wyboru najkorzystniejszej oferty miał miejsce dwukrotnie, stąd dopuszczalność żądania złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp upłynęła w dniu 01.12.2011 r. tj. z chwilą zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ponadto również odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych było niezasadne. Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, iż złożona oferta zawierała cenę obliczoną z zastosowaniem

nieprawidłowej stawki podatku VAT. Mianowicie przedmiotem przetargu były nie tylko usługi sprzątnia, ale w tym także transport wewnętrzny. W zakresie usługi sprzątnia odwołujący zastosował 23% stawkę VAT, natomiast w zakresie transportu wewnątrzszpitalnego i usług pomocniczych przy pacjencie zamawiający skorzystał ze zwolnienia podstawkowego, stosownie do art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług. Taka interpretacja powyższego przepisu pozostaje w zgodności z wieloma interpretacjami Ministra Finansów. Dla przykładu w interpretacji Ministra Finansów - Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 6 września 2011 r. IPTPP2/443-235/11-2/BM zostało wskazane, iż ze zwolnienia od podatku VAT korzystają usługi polegające na transporcie wewnętrznym oraz dostarczaniu pojemników na wydaliny i wnoszenie ich po użyciu. Celem wykazania prawdziwości powyższych twierdzeń odwołujący załącza kalkulację zaproponowanego wynagrodzenia za usługę z rozbiem na usługi objęte 23% stawką VAT i usługi zwolnione z VAT. Poza tym już sama rozbieżność w wysokości wynagrodzenia netto jak i brutto dowodzi, iż w taki sposób zostało ono skalkulowane.

Ponadto w dniu 28 listopada 2011 r. odwołujący złożył zapytanie do zamawiającego o następującej treści: Czy opisany w Rozdz. III oraz załączniku nr 2 SIWZ, transport wewnątrz komórek organizacyjnych szpitala polegających na: transporcie materiałów do badań do i z laboratorium oraz pomoc w transporcie posiłków do sal chorych i ich rozdawanie w poszczególnych odcinkach jest przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu? Zamawiający nie dość, że nie potwierdził otrzymania niniejszego zapytania (mimo prób jego otrzymania przez odwołującego) to jeszcze nie udzielił na nie odpowiedzi. Niewątpliwie, gdyby zamawiający ustosunkował się do zapytania to pozwoliłoby na uchylenie wątpliwości w zakresie przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo złożona przez wykonawcę oferta jest zgodna z SIWZ, gdyż w ofercie została wskazana zarówno cena netto jak i brutto. We wzorze oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający posłużył się określeniem: „Netto __. __, zł,

słownie zł, + należny podatek od towarów i usług VAT”. Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ stawki podatku VAT, stąd nie może kwestionować przyjętych przez odwołującego w tym zakresie regulacji podatkowych. Wykonawca zastosował należny podatek VAT w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług. Jednocześnie zaznaczyć należy, iż jedynym podmiotem uprawnionym do oceny prawidłowości stawki VAT jest urząd skarbowy, a nie zamawiający.

Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wartość przedmiotowego postępowania nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W pozostałych przypadkach – stosownie do art. 181 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający zmienił swą decyzję o wyborze odwołującego się z dnia 13 grudnia 2011 roku po otrzymaniu od wykonawcy Cleanservice Sp. z o.o. w Olsztynie pisma z dnia 13 grudnia 2011 roku, które wpłynęło do zamawiającego w dniu 15 grudnia 2011 roku. W piśmie tym wykonawca Cleanservice Sp. z o.o. poinformował zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy podjętej przez niego czynności. Wykonawca wskazał mianowicie, iż po ogłoszeniu informacji o postępowaniu przetargowym na stronie internetowej szpitala pojawiły się pytania i odpowiedzi zamawiającego dotyczące zapisów specyfikacji. Na pytanie jednego z oferentów, oznaczone numerem 35: „Czy przy realizacji przedmiotu zamówienia są prace, które wg opinii GUS powinny być sklasyfikowane w grupowaniu usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego (PKWiU 85.14.18.00.90). Usługi tej klasyfikacji są obłożone stawką VAT „zw” (zwolnienie)”. Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający w siwz określił: rodzaj zamówienia – usługa, Nr CPV 90.91.00.00-9 usługi sprzątnia. Wg usługi w zakresie opieki zdrowotnej i opieki społecznej znajdują się w sekcji Q”. Zdaniem wykonawcy Cleanservice Sp. z o.o. w Olsztynie wobec tak udzielonej odpowiedzi trudno znaleźć uzasadnienie poprawności przyjętej stawki podatku VAT w ofercie złożonej przez odwołującego się.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że czynność odrzucenia oferty odwołującego się poprzedzona została informacją wykonawcy wniesioną na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający był uprawniony do zmiany poprzedniej czynności wyboru oferty odwołującego się, o ile uznał zasadność przekazanej informacji.

Zamawiający w wyniku otrzymanej informacji unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonał ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Istotnie Izba zgadza się z odwołującym się, iż użycie przez zamawiającego sformułowania „anuluje wynik postępowania” nie jest określeniem ustawowym. Ustawa Pzp nie posługuje się instytucją „anulowania” czynności, ale jej „unieważnienia”. Niemniej jednak w ocenie izby nie jest to uchybienie istotne, nie mające żadnego wpływu na wynik postępowania. Istotne są bowiem skutki czynności, a te z pewnością wskazywały na unieważnienie przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo innego nazwania tej czynności. Izba – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – uwzględnia odwołanie jedynie w przypadku, gdy stwierdzi naruszenie ustawy mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a ponieważ takiego naruszenia nie stwierdziła postanowiła zarzut oddalić.

Wobec unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający dokonał ponownej oceny ofert. Dokonując takiej oceny był zatem uprawniony do żądania od odwołującego się wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp). Tym samym zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za nieuzasadniony.

Odnosząc się do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Izba stwierdziła, co następuje:

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych przyznaje, że błędem w obliczeniu ceny jest m.in. uwzględnienie w ofercie nieprawidłowej stawki od podatków i usług. Stanowisko to poparł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 roku (sygn. akt III CZP 52/11). W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców cen w zakresie zastosowania stawki podatku VAT. O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny można bowiem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł.

Odwołujący się uzasadniając zwolnienie od podatku od towarów i usług wskazał na art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku od podatku od towarów i usług. Zgodnie z przywoływanym artykułem 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.

W przypadku zwolnień przewidzianych w art. 132 Dyrektywy 2006/11/WE Rady „opieka medyczna” dotyczy świadczeń medycznych, które służą diagnozie, opiece oraz – w miarę możliwości – leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Cel usługi medycznej określa, czy powinna ona korzystać ze zwolnienia; jeżeli z kontekstu wynika, że jej głównym celem nie jest ochrona, utrzymanie bądź przywrócenie zdrowia, lecz inny cel, to wówczas nie będzie miało zastosowania. Innymi słowy – aby podlegać zwolnieniu świadczenie powinno mieć cel terapeutyczny, a zatem nie liczy się charakter usługi, ale jej cel.

Wykonawca nie może korzystać ze zwolnienia opisanego w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy w związku z art. 43 ust. 17a, bowiem odnosząc treść tych przepisów do opisu sprawy wskazać należy, że nie będzie dokonywać on świadczenia usługi podstawowej, tj. usługi w zakresie opieki medycznej służącej profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Świadczenie usługi ściśle związanej z usługą podstawową musi zostać dokonane przez podmiot świadczący usługę podstawową, aby można było skorzystać ze zwolnienia. Świadczenie usługi polegającej na kompleksowej usłudze sprzątnięcia i utrzymania porządku oraz pozostałych usług związanych z ochroną zdrowia nie wymagających przygotowania medycznego, świadczone na terenach zakładów opieki zdrowotnej nie może korzystać ze zwolnienia od podatku od towarów i usług (tak też w: Interpretacji indywidualnej Ministra Finansów – Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 12 października 2011 roku IL PP1/443-947/11-6/MS).

Reasumując powyższe Izba uznała, że odwołujący się bezpodstawnie zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług przy obliczaniu ceny oferty, a zatem zamawiający zasadnie ofertę tę odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

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

.....
.....
.....