

Sygn. akt: KIO 692/14

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 16 i 17 kwietnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm : Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, IZAN+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 i Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zduńskowski Szpital Powiatowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zduńskiej Woli, ul. Królewska 29**

orzeka:

1. oddała odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm : Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, IZAN+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 i Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm : Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, IZAN+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 i Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46** tytułem wpisu od odwołania i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu

Zamówień Publicznych kwoty 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm : Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, IZAN+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 i Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46** tytułem nadpłaty wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm : Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, IZAN+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 i Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46** na rzecz zamawiającego - **Zduńskowolski Szpital Powiatowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zduńskiej Woli, ul. Królewska 29** kwotę 4 045 zł. 76 gr (słownie : cztery tysiące czterdzieści pięć złotych siedemdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług w zakresie pracy niższego personelu, sprzątnięcie, dezynfekcja, transport wewnątrzszpitalny w Zduńskowolski Szpital Powiatowym sp. z o.o. w okresie 12 miesięcy zostało wszczęte przez zamawiającego Zduńskowolski Szpital Powiatowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zduńskiej Woli, ul. Królewska 29 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 marca 2014r. za numerem 2014- 97228.

W dniu 1 kwietnia 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej cenowo tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm : DERSŁAW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, ul. Ruszczańska 24, DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdyńska 54 – zwanych dalej przystępującym oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm : Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, IZAN+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 i Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46 – zwanych dalej odwołującym na podstawie art. 89. ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm. –dalej ustawy) z uwagi na niepoprawnie wypełniony formularz ofertowy tj. brak podanych kwot netto.

Zamawiający wskazał, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia(SIWZ) w rozdz. XII pkt.12.6 wymagał sporządzenia oferty wg wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ. Powyższy formularz ofertowy zawierał konieczność podania kwot netto wartości usługi w skali jednego miesiąca i dwunastu miesięcy. Formularz ofertowy nie został uzupełniony w pełni i tabela zawarta w pkt.1 Formularza ofertowego nie zawiera powyższych kwot. Ponadto nie wykazanie kwoty netto w formularzu ofertowym, który jest załącznikiem do umowy (§1 pkt.4 wzoru umowy) powoduje niemożność wypełnienia zapisów §6 pkt.3 umowy gdzie kwotą wyjściową jest wartość netto.

W dniu 7 kwietnia 2014r. (6 kwietnia 2014r. – niedziela, dzień ustawowo wolny od pracy) drogą elektroniczną odwołanie wniósł odwołujący. Odwołanie zostało podpisane podpisem cyfrowym weryfikowanym w dacie złożenia ważnym certyfikatem pełnomocnika lidera konsorcjum, działającego na podstawie pełnomocnictwa dalszego z dnia 1 kwietnia 2014r.

udzielonego przez lidera i podpisanego przez prezesa zarządu lidera, upoważnionego do samodzielnej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 25 marca 2014r. udzielonego przez obu partnerów lidera i podpisanego za każdego z partnerów przez prezesów zarządu upoważnionych do samodzielnej reprezentacji każdego z partnerów, zgodnie z załączonymi do odwołania odpisami z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 7 kwietnia 2014r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu iż czynność odrzucenia oferty odwołującego i zaniechanie wyboru tej oferty oraz wybór oferty przystępującego zostały dokonane niezgodnie z ustawą. Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji gdy podlega ona poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- art. 87 ust 2 pkt 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego,
- art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezapewnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołujący nie zgodził się z czynnością dokonaną przez zamawiającego i wskazał, że cena, którą ocenia zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz którą następnie stosuje wykonawca w rozliczeniach z zamawiającym to cena brutto. Wobec faktu, iż stosowana do rozliczeń z zamawiającym jest cena brutto - odwołujący ustalił cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia i podał ją w ofercie. Odwołujący wskazał również stawkę podatku VAT - 23%. Zamawiający znając cenę brutto i stawkę podatku VAT, mógł w ocenie odwołującego i powinien poprawić ofertę poprzez wskazanie ceny netto w formularzu ofertowym wykonawców w oparciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Nie wskazanie ceny netto w formularzu ofertowym przez odwołującego - z jednoczesnym podaniem ceny brutto oraz stawki VAT - nie powoduje niezgodności oferty z treścią SIWZ. Odwołujący podał w formularzu ofertowym wszystkie składniki zaoferowanej ceny, tj. cenę brutto oraz obowiązującą stawkę VAT.

W takim stanie rzeczy zamawiający, według odwołującego, obowiązany jest na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawić w ofercie omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Jest to bowiem, zdaniem odwołującego, omyłka oczywista, bezsporna, niebudząca jakichkolwiek wątpliwości, możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy oraz niepowodującą zmiany treści oferty. Zgodnie z § 8 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z

dnia 28 marca 2011 roku w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011, Nr 63, poz. 360 ze zm.) - cenę netto można obliczyć w oparciu o wzór określony w § 8 ust. 1 tego rozporządzenia. Zgodnie z treścią powyższego przepisu, jeżeli sprzedający usługę posługuje się w rozliczeniach z nabywcą tej usługi umowną ceną brutto — do obliczenia ceny netto stosuje się podany wzór: $WB \times SP \text{ KP} = 100 + SP$ gdzie:

KP - oznacza kwotę podatku z podziałem na poszczególne stawki podatku, przy czym wielkość wynikającą z wzoru zaokrągla się według zasad określonych w § 5 ust. 6,

WB - oznacza sumę wartości sprzedaży brutto z podziałem na poszczególne stawki podatku, SP - oznacza stawkę podatku.

Zdaniem odwołującego należy zważyć, że uzupełnienie przez zamawiającego ceny netto w ofercie, w oparciu o powyższy wzór nie spowoduje żadnej istotnej zmiany w treści tej oferty, albowiem cena netto nie ma znaczenia dla wzajemnych rozliczeń stron, ma wyłącznie znaczenie informacyjne. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2012 roku (sygn. akt KIO 2603/12).

W dniu 7 kwietnia 2014r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10 kwietnia 2014r. pisemnie zgłosili swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiający wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm : DERSŁAW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, ul. Rusczańska 24, DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdyńska 54 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ich oferta została uznana za najkorzystniejszą, a oddalenie odwołania usankcjonuje ważność dokonanego przez zamawiającego wyboru oferty, a tym samym uzyskają zamówienie. Zgłoszenie zostało podpisane przez M..... P..... oraz opatrzone kopią podpisu M..... R..... . Do zgłoszenia załączono pełnomocnictwo nr SH/480/2014 udzielone w dniu 8 kwietnia 2014r. M..... R..... przez wszystkich członków konsorcjum:

- przy czym za DERSŁAW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością pełnomocnictwo podpisała główna księgowa W..... K..... działająca na podstawie pełnomocnictwa nr SH/448/2014 z dnia 1 kwietnia 2014r. udzielonego przez Prezesa Zarządu DERSŁAW sp. z

o.o. upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z danymi zawartymi w KRS, pełnomocnictwo z dnia 1 kwietnia 2014r. upoważniało W..... K..... do reprezentowania DRESŁAW w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych zgodnie z przepisami ustawy, postępowaniach o wartości poniżej 14 tysięcy Euro oraz w postępowaniach do progów unijnych prowadzonych przez zamawiających sektorowych na podstawie regulaminów, w których DERSLAW będzie występował indywidualnie bądź jako konsorcjant (członek konsorcjum lub lider),

- za DGP Clean Partner sp. z o.o. pełnomocnictwa udzielił prezes zarządu upoważniony do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z danymi zawartymi w KRS,

- za DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. pełnomocnictwa udzielił prezes zarządu upoważniony do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z danymi zawartymi w KRS,

- za Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. pełnomocnictwa udzielił wiceprezes zarządu upoważniony do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z danymi zawartymi w KRS.

Do zgłoszenia nie dołączono dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 15 kwietnia 2014r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego, że w treści oferty podał stawkę podatku VAT. Zamawiający podkreślił, że ustalenie tej okoliczności jest kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż gdyby rzeczywiście odwołujący w ofercie tę stawkę podał, to wówczas możliwe byłoby ustalenie ceny netto w sposób podany w odwołaniu. Zamawiający podniósł, że ani w siwz, ani we wzorze formularza ofertowego nie wymagał podania stawki podatku VAT, ani nie wskazywał jaką stawkę należy zastosować. Natomiast wymagał podania ceny netto i ceny brutto. Bezsporne jest pomiędzy stronami, że odwołujący ceny netto nie podał. Zamawiający nie znając stawki podatku VAT, jaką do obliczenia ceny zastosował odwołujący nie mógł dokonać wyliczenia ceny netto w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i dlatego mógł ofertę jedynie odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający podkreślił, że nie musiał żądać od odwołującego wyjaśnień co do zastosowanej stawki podatku, gdyż instytucja opisana w art. 87 ust. 1 ustawy ma charakter fakultatywny. Zamawiający podkreślił, że w ofercie odwołującego nie doszło do omyłki rachunkowej, stąd zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy jest niezasadny. Zamawiający podniósł, że żądał podania ceny netto i ceny brutto, aby umożliwić sobie kontrolę prawidłowości obliczenia ceny w tym zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT, który to element obliczenia ceny jest bardzo ważny dla oceny, czy przy przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia art. 7 ustawy w tym zasady równego traktowania wykonawców. Obszernie zacytował uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r. sygn. akt

III CZP 53/11 OSNC 2012/4/45, Biul. SN 2011/10/7 i dzieląc tę argumentację prawną zamawiający podniósł, że nie wskazanie przez odwołującego cen netto nie pozwala na ustalenie czy odwołujący zastosował prawidłową stawkę podatku VAT, a to w świetle przywołanej uchwał zdaniem zamawiającego uzasadnia odrzucenie oferty bez możliwości jej uprzedniego poprawienia. Niemożność ustalenia jaką stawkę podatku odwołujący zastosował powoduje, że nie wypełnił on formularza ofertowego zgodnie z jego treścią będącą częścią SIWZ. Zamawiający dodatkowo wskazał, że sam odwołujący na etapie wyjaśnień treści siwz zwracał się do zamawiającego o zmianę formularza ofertowego przez zamieszczenie w nim osobnych pozycji : za usługi kompleksowego sprzątnia i dezynfekcji oraz za usługi transportu wewnątrzszpitalnego motywując żądanie zastosowaniem różnych stawek VAT 23% i 8%, zaś w przeszłości sam odwołujący stosował stawkę podatku 23% za kompleksowe utrzymanie czystości, a zwolnienie podatkowe za usługę transportu wewnątrzszpitalnego, na dowód czego zamawiający załączył treść pytania nr 13 z dnia 27 marca 2014r. oraz faktury nr FV/084/03/2014 i FV/032/03/2014. Tym samym zamawiający uważa, że dopuszczenie zamiany oferty przez dodanie do niej ceny netto przy zastosowaniu stawki VAT 23% na obecnym etapie postępowania, byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odpowiedź została podpisana przez prezesa zarządu zamawiającego, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zamawiającego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odpowiedzi.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień i modyfikacji treści SIWZ, oferty odwołującego, informacji o wyniku postępowania, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 12.2. SIWZ treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś zgodnie z pkt 12.4 SIWZ oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w myśl pkt 12.5 SIWZ oferta musi być sporządzona według wzoru formularza oferty stanowiącego załącznik do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z pkt 14.1. w ofercie należy podać cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. dz. u. z 2013 r. poz. 385) za wykonanie przedmiotu zamówienia, a w myśl pkt 14.3. w cenie należy uwzględnić wszystkie wymagania określone w niniejszej specyfikacji istotnych warunków oraz wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu

zamówienia. Zgodnie z pkt 16.1. SIWZ zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane wyżej kryteria oceny ofert. Według wzoru formularza ofertowego wykonawcy w tabeli zawartej w pkt 1 tego formularza mieli podać następujące informacje: miesięczną wartość netto usługi zł, miesięczną wartość brutto usługi zł, ilość miesięcy realizacji usługi – podano stałą wartość 12, wartość netto zamówienia za 12 miesięcy zł, wartość brutto zamówienia za 12 miesięcy zł. W pkt 3 formularza wykonawcy mieli akceptować warunki płatności określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), zaś zgodnie z pkt 6 deklarowali wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach zawartych w siwz wraz z załączonym do niej wzorem umowy oraz złożonej oferty.

Zgodnie z § 6 wzoru umowy wynagrodzenie określono jako wynagrodzenie ryczałtowe miesięczne za usługi będące przedmiotem niniejszej umowy, które wynosi: zł netto (słownie: złotych), zł brutto (słownie: złotych).

Wynagrodzenie było niezmiennie z wyjątkiem zmiany przepisów dotyczących stawki podatku VAT, oraz zmiany wartości wynagrodzenia brutto przy niezmienionej wysokości wynagrodzenia netto.

W odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 27 marca 2014r. o treści „W związku z szerokim zakresem czynności stanowiących przedmiot zamówienia zawarty w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, zwracamy się z prośbą o modyfikację formularza ofertowego w zakresie wyceny poszczególnych czynności oraz przedstawienia ceny ofertowej, jako sumy częściowych wyliczeń, w których oferent będzie mógł zastosować właściwe stawki podatku VAT na podstawie ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (t.j. z 2011r. nr 177 poz. 1054). Proponujemy zmianę formularza ofertowego poprzez dodanie zamieszczenie w tabeli zapisu:

1. za usługi kompleksowego sprzątnia i dezynfekcji,
2. za usługi transportu wewnątrzszpitalnego,

w których Wykonawca będzie mógł wpisać wartość za poszczególne usługi z uwzględnieniem prawidłowych stawek podatku VAT np. 23%, 8%.”, zamawiający nie wyraził zgody na zmianę formularza i podtrzymał wzór formularza ofertowego

W ofercie odwołujący na stronie 6 podał miesięczną wartość brutto usługi zł – 47 000zł, ilość miesięcy realizacji usługi – podano stałą wartość 12, wartość brutto zamówienia za 12 miesięcy zł – 564 000zł. Nie podał natomiast - miesięcznej wartości netto usługi zł, wartości netto zamówienia za 12 miesięcy zł. W treści oferty w żadnym jej miejscu nie wskazano stawki podatku VAT zastosowanej przez odwołującego przy obliczeniu ceny oferty.

Według informacji z otwarcia ofert odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za najniższą cenę brutto.

Z faktury nr FV/084/03/2014 wynika, że jej wystawcą był członek konsorcjum odwołującego się - Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie. Została ona wystawiona za transport wewnątrzszpitalny wg umowy nr 48/2013, a w miejscu na podanie stawki VAT wpisano „zw”
Z faktury nr FV/032/03/2014 wynika, że jej wystawcą był partner konsorcjum odwołującego się - IZAN+. Została ona wystawiona za kompleksowe utrzymanie czystości wg umowy nr 48/2013, a w miejscu na podanie stawki VAT wpisano „23”.

Izba nie dopuściła dowodów z kserokopii formularzy ofertowych, składanych przez członków konsorcjum odwołującego u innych zamawiających, gdzie odwołujący nie wskazywał ceny netto, powołanych przez zamawiającego na okoliczność tego, że niewskazywanie ceny netto przez członków odwołującego jest jego powszechną praktyką i nie może być wynikiem omyłki. Izba uznała, że powołane dowody nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż dotyczą stanu faktycznego odmiennego niż ustalony w niniejszym postępowaniu. Przedstawione kserokopie formularzy ofertowych zawierają wskazanie stawki podatku VAT i ceny brutto, a w przedmiotowej sprawie jedyną daną dotyczącą obliczenia ceny podaną przez odwołującego jest cena brutto, stąd dotyczą one innych okoliczności niż sporne w niniejszym postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy zgłoszenie przystąpienia musi nastąpić przez wykonawcę, a zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. W ocenie Izby oznacza to, że zgłoszone przystąpienie musi być wniesione w formie pisemnej lub elektronicznej (opatrzonej bezpiecznym podpisem cyfrowym) i jednocześnie być czynnością wykonawcy działaną przez osobę upoważnioną do podejmowania czynności prawnych w imieniu wykonawcy. W niniejszym postępowaniu odwoławczym zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez M..... P..... oraz opatrzone kopią podpisu M..... R..... . Do zgłoszenia załączono pełnomocnictwo nr SH/480/2014 udzielone w dniu 8 kwietnia 2014r. M..... R..... przez wszystkich członków konsorcjum:
- przy czym za DERSŁAW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością pełnomocnictwo podpisała główna księgowa W..... K..... działająca na podstawie pełnomocnictwa nr SH/448/2014 z dnia 1 kwietnia 2014r. udzielonego przez Prezesa Zarządu DERSŁAW sp.

z o.o. upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z danymi zawartymi w KRS, pełnomocnictwo z dnia 1 kwietnia 2014r. upoważniało W..... K..... do reprezentowania DRESŁAW w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych zgodnie z ustawą, postępowaniach o wartości poniżej 14 tysięcy Euro oraz w postępowaniach do progów unijnych prowadzonych przez zamawiających sektorowych na podstawie regulaminów, w których DERSLAW będzie występował indywidualnie bądź jako konsorcjant (członek konsorcjum lub lider),

- za DGP Clean Partner sp. z o.o. pełnomocnictwa udzielił prezes zarządu upoważniony do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z danymi zawartymi w KRS,

- za DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. pełnomocnictwa udzielił prezes zarządu upoważniony do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z danymi zawartymi w KRS,

- za Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. pełnomocnictwa udzielił wiceprezes zarządu upoważniony do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z danymi zawartymi w KRS.

Zgodnie z art. 78 § 1 kc stosowanym z mocy art. 14 ustawy do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Niewątpliwie pani M..... P..... złożyła własnoręczny podpis, jednak nie wykazała swojego uprawnienia do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ani jako pełnomocnik czy substytut. Izba ustaliła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, na etapie składania ofert do swojej oferty załączyli pełnomocnictwo ustanawiające pełnomocnikiem wykonawców K..... S..... i pełnomocnictwo to zostało podpisane przez każdego z wykonawców tak jak pełnomocnictwo dla M..... R....., z tymże za DERSLAW pełnomocnictwa udzielił bezpośrednio prezes zarządu. Z żadnego dokumentu załączonego do oferty nie wynikało uprawnienie M..... P..... do działania w imieniu wykonawców. Stąd nie można było przyjąć, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co do kserokopii podpisu M..... R..... na zgłoszeniu, to nie jest ono wystarczające dla uznania skuteczności przystąpienia, gdyż nie spełnia wymogu własnoręczności podpisu, co oznacza, że nie sposób przyjąć, iż zgłoszenia dokonano z zachowaniem formy pisemnej. Ustawa nie zna instytucji uzupełnienia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia. W przeciwieństwie do możliwości uzupełnienia treści wniesionego odwołania, o czym stanowi art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, stąd też przedłożenie w niniejszym terminie dokumentu wykazującego uprawnienie do działania w imieniu wykonawcy należy potraktować, jako wykazanie przesłanek dopuszczalności zgłoszenia przystąpienia po upływie terminu na zgłoszenie przystąpienia wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań określonych w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący oferując najniższą cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia miał szansę na uzyskanie zamówienia, a tym samym miał interes w jego uzyskaniu. Odwołanie zmierza do przywrócenia go do postępowania, co pozwala na przyjęcie, że w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji gdy podlega ona poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust 2 pkt 2 i 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący nie kwestionuje okoliczności, że zamawiający wymagał w formularzu ofertowym podania ceny netto za 1 miesiąc świadczenia usługi oraz wartości netto za 12 miesięcy świadczenia usługi, ani faktu, że tych wartości w swoim formularzu ofertowym nie podał. Odwołujący jednak stanął na stanowisku, że mimo takiego braku w jego formularzu ofertowym możliwe jest jego usunięcie w trybie poprawienia omyłki, czy to oczywiście omyłki rachunkowej – art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy czy też innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty – art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na podanie w ofercie zastosowanej stawki podatku VAT. Izba przeprowadzając dowód z oryginału oferty odwołującego stwierdziła, że wbrew oświadczeniu odwołującego złożonemu na rozprawie w treści formularza ofertowego przedłożonego przez odwołującego zamawiającemu nie podano stawki podatku VAT. Rację ma zamawiający, że kluczowym dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania jest ustalenie, czy możliwe jest przyjęcie, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mogli zastosować tylko jedną stawkę podatku od towarów i usługi. W ocenie Izby zamawiający wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu takiego ustalenia poczynić nie można. Zamawiający wykazał, że już na etapie ogłoszenia treści SIWZ wykonawcy wskazywali na możliwość zastosowania zarówno stawki 23% jak i 8% podatku VAT. Nadto zamawiający wykazał, że podmioty wchodzące w skład odwołującego stosowały zwolnienie

podatkowe i stawkę 23% na te same czynności będące przedmiotem niniejszego zamówienia, ale świadczone w wyniku umowy zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wcześniejszy okres u tego samego zamawiającego. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zamawiający nawet dysponując daną w postaci ceny netto nie był w stanie w przedmiotowej sprawie ustalić, czy wykonawcy zastosowali prawidłową stawkę podatku VAT z uwagi na to, że formularz ofertowy nie umożliwiał wyceny poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia, a zatem uniemożliwił ustalenie proporcji w jakich możliwe do zastosowania według prawa polskiego stawki podatku VAT mogły być zastosowane przez wykonawców. Izba stwierdza, że to stanowisko nie jest zasadne ani logiczne w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Zamawiający stoi na stanowisku, że w przedmiotowym postępowaniu do całego przedmiotu zamówienia należało zastosować maksymalną stawkę podatku VAT tj. stawkę podstawową w wysokości 23%, to stanowisko zresztą podziela także odwołujący w odwołaniu, gdzie powołuje się na to, że w swojej ofercie wskazał właśnie taką stawkę dla całego przedmiotu zamówienia. Skoro zatem strony są zgodne, że prawidłową stawką była stawka 23%, to zamawiający znając cenę netto i brutto był w stanie jednoznacznie ocenić, czy ceny te różnią się dokładnie o 23%, czy też o inną mniejszą liczbę. Stawka 23% jest stawką najwyższą w podatku od towarów i usług i miała mieć zastosowanie do całego przedmiotu zamówienia, zatem jedyną prawidłowo obliczoną ceną mogła być cena, której stosunek ceny netto i brutto wynosił dokładnie 23%. Każda inna proporcja wskazywałaby na zastosowanie do jakiejś części przedmiotu zamówienia, czy nawet do całości (jeśli uzyskana proporcja odpowiadałaby dokładnie, którejś z obowiązujących stawek podatkowych) innej stawki podatku niż uznana przez strony za prawidłową stawkę podatku w wysokości 23%. Znajomość procentowego udziału poszczególnych usług składających się na cały przedmiot zamówienia byłaby konieczna, ale w sytuacji, która nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu, tj. kiedy pomiędzy stronami byłoby bezsporne, że do przedmiotu zamówienia ma zastosowanie inna nie najwyższa stawka podatku np. 5% lub kilka stawek podatkowych np. 23%, 8% czy 0%. Wówczas rzeczywiście mógłby mieć miejsce przypadek opisany przez odwołującego na rozprawie, że znajomość wyłącznie stawki netto i brutto za cały przedmiot zamówienia nie pozwalałoby jednoznacznie stwierdzić, czy do poszczególnych usług cząstkowych zastosowano prawidłową stawkę, rację miałby wówczas odwołujący, że konieczne byłoby wyodrębnienie albo poszczególnych usług i wskazanie dla nich obowiązującej stawki lub podanie procentowego udziału w całym przedmiocie zamówienia usług opodatkowanych różnymi stawkami. Natomiast w przypadku stawki maksymalnej nie jest możliwe uzyskanie w ramach proporcji wyniku 23% w sytuacji złożenia kilku stawek podatkowych, w tym którejś z niższych stawek. Tym samym przy znajomości cen netto i brutto zamawiający w przedmiotowej sprawie był w stanie na zasadzie zero - jedynkowej stwierdzić, czy cena oferty została

obliczona z zastosowaniem prawidłowej stawki podatku VAT. Natomiast podany przez odwołującego przykład stawki 46% nie jest przykładem racjonalnym, gdyż trudno jest logicznie przyjąć, że wykonawca chciałby ryzykując odrzucenie jego oferty stosować stawkę nieprzewidzianą przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Biorąc to pod uwagę Izba uznała, że wobec niewskazania ani w treści SIWZ przez zamawiającego, ani w ofercie przez odwołującego wysokości stawki podatku VAT zamawiający nie miał podstaw do jednoznacznego przyjęcia, że odwołujący zastosował i obliczył swoją cenę brutto z uwzględnieniem 23% stawki podatku VAT, jak twierdzi to w odwołaniu. Zamawiający musiałby zatem uzupełnić ofertę odwołującego o stawkę podatku VAT, żeby móc poprawić ofertę i wprowadzenie tej informacji mogłoby w sposób istotny zmienić treść oferty, gdyż zamawiający stosując stawkę uznawaną przez siebie za prawidłową mógłby doprowadzić do zmiany treści tej oferty z zawierającej błąd w obliczeniu ceny, na wolną od takiego błędu. Takiej zaś zmiany nie sposób uznać za nieistotną. W tej sytuacji w żaden sposób nie mogło dojść do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, gdy zamawiający musiałby dysponować wszystkimi elementami kalkulacyjnymi, jakie stosował wykonawca przy obliczaniu ceny, a w przedmiotowym formularzu ofertowym brak było zarówno ceny netto jak i stawki podatku, przez którą ta cena podlegałaby przemnożeniu, oraz stwierdzić omyłkę w rachunkach odwołującego przy wykonywaniu działań arytmetycznych, nadto omyłka ta musiałaby by mieć charakter oczywisty, czego w świetle braku wiedzy u zamawiającego o wysokości stawki podatku VAT zastosowanej przez odwołującego nie sposób było ustalić. Omyłka ta nie może być także poprawiona z mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż brak podania ceny netto nie pozwala na stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Oferta nie zawierająca ceny netto nie jest niezgodna z wymaganiami siwz, brak bowiem możliwości wskazania na konkretną sprzeczność pomiędzy treścią oferty, a treścią siwz, natomiast oferta obarczona takim brakiem tym wymogom nie odpowiada, gdyż wykonawca nie zastosował się do wymagania zamawiającego zawartego w pkt 12.4 i 12.5 tj nie wypełnił formularza ofertowego w sposób ścisły, co więcej poprawa takiego braku nie jest możliwa bez ustalania w oparciu o jakie stawki podatkowe wykonawca dokonywał obliczenia swojej ceny brutto, a samodzielne narzucenie przez zamawiającego takiej stawki może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty – na co wskazano powyżej. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie wobec oferty odwołującego, gdyż oferta ta rzeczywiście w swojej treści nie odpowiada treści siwz przez brak wymaganej ceny netto za 1 miesiąc świadczenia usługi i ceny netto za 12 miesięcy świadczenia usługi. Co do podnoszonej przez odwołującego argumentacji dotyczącej wypełniania innych danych w formularzu ofertowym i ich skutków dla badania oferty, to Izba stwierdza, że braku podania kwoty wadium, formy i terminu jego wniesienia czy braku wymienienia załączników nie jest

sytuacją porównywalną z zaistniałą w przedmiotowym postępowaniu. Jeśli chodzi o wadium to jedynie jego niewniesienie w prawidłowej formie, wysokości i terminie powoduje podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nadto wobec ustalenie brakujących danych w formularzu ofertowym zamawiający jest w stanie poprawić, gdyż dysponuje albo dowodem zaksięgowania wadium wniesionego w pieniądzu na jego rachunku bankowym, albo dokumentem potwierdzającym wniesienie wadium w innej formie załączonym do oferty. Co do wymienienia załączników oferty, to również dana ta nie jest porównywalna z przedmiotem sporu, gdyż wymaganie w tym zakresie ma wyłącznie charakter formalny i nie dotyczy treści oferty, a nadto także brak jest usuwalny na podstawie poprawienia omyłki przez zapoznanie się przez zamawiającego z zawartością oferty i dokonanie jej stosownego opisu w formularzu ofertowym. Zamawiający w ocenie Izby nie naruszył także art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy przez ich niezastosowanie i zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie odwołującego, gdyż jak wskazano powyżej zdaniem Izby nie zaistniały w ofercie odwołującego przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3, które uprawniałyby zamawiającego do dokonania takiej poprawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wobec nie potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy, z którymi odwołujący wiązał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, należało stwierdzić, że również ten zarzut nie jest zasadny i Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania oraz nakazała odwołującemu zwrócić zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na

rozprawy. Jednocześnie z uwagi na to, że odwołujący wnioskował w nieprawidłowej zawyżonej wysokości Izba nakazała zwrot odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych nienależnie uiszczonej kwoty 7 500zł.

Przewodniczący: