

WYROK

z dnia 3 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

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

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

orzeka:

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

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

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

Odwołujący: 1. CLAR-SYSTEM S. A. w Poznaniu i HOSPITAL SYSTEM Sp. z o.o. w Poznaniu wniósł odwołanie i zarzucił zamawiającemu:

- wybór oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, mimo że jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny, nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;
- zaniechanie odrzucenia oferty ww mimo, że jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny, powinna zostać odrzucona.

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

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wnosi o:

unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, wyboru oferty Odwołujących się jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że oferta wymienionych Wykonawców powinna zostać odrzucona ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W wyniku analizy oferty wybranej, Odwołujący stwierdzili, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, polegające na ustaleniu wartości zamówienia za pomocą różnych stawek podatku VAT. Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że łączna cena netto, za jaką Wykonawca wykona zamówienie to 10.174.594,52 zł. Przy uwzględnieniu stawki podatku VAT 23%, łączne wynagrodzenie brutto Wykonawcy powinno wynieść 12.514.751,26 zł, a nie jak to zostało podane w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty 11.349.760,00 zł. Ponadto z analizy Odwołującego wynika, że przy obliczeniu całkowitego wynagrodzenia wykonawcy, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zastosowali różne stawki podatku VAT (łącznie ze stawką zwolnioną), gdyż zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 8% sprowadzałoby się do przedłożenia oferty na kwotę 10.988.562,08złbrutto. W ocenie Odwołującego się zwolniona kwota podatku to 164.991,26 zł.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zastosowanie przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie z siedzibą w Krakowie i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie niewłaściwej stawki VAT, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, skutkować powinno bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ze względu na brak interesu Odwołującego w jego złożeniu. Zauważył, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 12 200 000 zł. Cena oferty Odwołującego to 13 235 000 zł, a to oznacza, że ten wykonawca nie uzyska zamówienia w tym postępowaniu. Stwierdził, że Odwołujący błędnie interpretuje uchwały SN dotyczące błędu w obliczeniu ceny. Zauważył, że oferty z nieprawidłową stawką VAT nie podlegają wprost odrzuceniu, lecz możliwe jest

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

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

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

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

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

Skład orzekający stwierdził, że oferta przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na ustaleniu wartości zamówienia za pomocą różnych stawek podatku od towarów i usług. Z treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza wynika, że łączna cena netto, za jaką Wykonawca wykona zamówienie to 10.174.594,52 zł, a łączne wynagrodzenie brutto Wykonawcy wynosi 11.349.760,00 zł. Przy niekwestionowanym przez strony stanowisku, iż w niniejszym postępowaniu, z uwagi na przedmiot zamówienia, należało zastosować podstawową stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23%, oczywiste jest, że w cenie zdefiniowanej zgodnie z ustawą o cenach tj. cenie brutto zastosowano, biorąc pod uwagę wskazaną wielkość netto, stawkę i wynikającą z niej kwotę podatku VAT niezgodną z ustawą o podatku od towarów i usług, tj. wyżej wskazaną.

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

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

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

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: