

Sygn. akt KIO/271/11

WYROK
z dnia 24 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Bogdan Artymowicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 lutego 2011 r. przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Szpital Rejonowy w Raciborzu im. dr Józefa Rostka, ul. Gamowska 3, 47-400 Racibórz,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Impel Cleaning Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. komandytowa, adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

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 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Rejonowy im. dr Józefa Rostka w Raciborzu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: „usługa sprzątnia pomieszczeń medycznych i administracyjnych szpitala”.

Pismem z dnia 31 stycznia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o. o. oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o. o. Spółka komandytowa, dalej „konsorcjum Impel”.

Wobec takiej czynności zamawiającego, w dniu 10 lutego 2011 r. odwołanie złożył wykonawca Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ISS Facility Services sp. z o.o. w sytuacji, gdy uzupełniony przez tego wykonawcę wykaz wszystkich niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia ofert;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ISS Facility Services sp. z o.o., w sytuacji, gdy podlega on wykluczeniu;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Impel Cleaning sp. z o.o. w sytuacji, gdy jest ona niezgodna z treścią SIWZ;
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Impel Cleaning sp. z o.o. w sytuacji, gdy zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie wykonawcy ISS Facility Services sp. z o.o. i odrzucenie jego oferty;
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy Impel Cleaning sp. z o.o.;
- 4) ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż wykonawca ISS Facility Services Sp. z o. o. w wykazie wszystkich niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, który należało sporządzić według wzoru określonego w załączniku nr 7 do SIWZ, pominął aparat telefoniczny wymagany przez zamawiającego. Odwołujący wskazywał, iż wykonawca ISS Facility Services Sp. z o. o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w dniu 31 stycznia 2011 r. uzupełnił ofertę o nowy „wykaz wszystkich niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń”, jednakże z treści uzupełnionego wykazu wynika, iż potwierdza on

spełnianie warunków udziału na dzień 31 stycznia 2011 r. gdyż data ta widnieje w samej treści tego dokumentu. Tym samym wykonawca ten w ocenie odwołującego powinien podlegać wykluczeniu a jego oferta winna być odrzucona.

W zakresie zarzutu nieodrzczenia oferty konsorcjum Impel odwołujący podniósł, iż „(...) Wykonawca Impel Cleaning sp. z o.o. w swojej ofercie wskazał dla usługi sprzątnia dwie stawki podatku VAT. Wykonawca winien wskazać do jednej usługi jedną stawkę VAT. Wobec powyższego jego oferta podlega odrzuceniu, jako niezgodna z treścią SIWZ i zawierająca błąd w obliczeniu ceny”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Szpital Rejonowy im. dr Józefa Rostka w Raciborzu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „usługa sprzątnia pomieszczeń medycznych i administracyjnych szpitala”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2010 r. pod numerem 2010/S 240-367069.

Zgodnie z pkt 4.1 lit. b SIWZ – Wymagania stawiane wykonawcy – „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”.

Zgodnie z pkt. 6.1 SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków – o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy p.z.p.

Zgodnie z pkt. 7.3.2 SIWZ w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę oraz doświadczenie, potencjał techniczny, a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, do oferty należało dołączyć m.in. wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Wykaz należało złożyć według wzoru określonego w załączniku nr 7 do SIWZ. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 3 do SIWZ zamawiający wymagał m.in. „(...) *Pracownicy wykonujący usługę winni posiadać jednolite, estetyczne stroje oraz imienne identyfikatory a ponadto serwis nocny w celu zabezpieczenia kontaktu – aparat telefoniczny*”. Izba ustaliła również, iż zgodnie z pkt. 14.3 - Opis sposobu obliczenia ceny – Cena musi zawierać wszystkie koszty związane z kompleksową realizacją zamówienia, m.in.:

- 1) wartość usług określonych w przedmiocie zamówienia;
- 2) podatek VAT;

- 3) koszty ubezpieczeń;
- 4) wszystkie podatki i opłaty;
- 5) koszty wynagrodzeń;
- 6) wszystkie zastosowane produkty, środki, materiały i urządzenia,
- 7) wszystkie opłaty i odszkodowania za szkody, koszty oraz straty wynikłe w związku z realizacją zamówienia.

Ponadto zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ określił formularz cenowy, z którego wynika bezspornie, iż wykonawcy zobligowani byli do podania ceny jednostkowej za 1 m² usługi sprzątnia, wyliczenia wartości netto podania stawki podatku od towarów i usług oraz wyliczenia wartości brutto.

Do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 20 stycznia 2011 r. wpłynęły trzy oferty następujących wykonawców:

- 1) ISS Facility Services Sp. z o. o. na kwotę 5.327.291,38 zł brutto;
- 2) Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o. oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o. o. Spółka komandytowa na kwotę 4.765.884,90 zł brutto;
- 3) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód na kwotę 5.347.470,51 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż pismem z dnia 27 stycznia 2011 r. zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., wezwał konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień w oparciu, o jakie przesłanki i w jakim zakresie dokonał rozdzielenia podatku VAT, w szczególności o wykazanie, które czynności miałyby być realizowane przez Hospital Serwis Partner Sp. z o. o., Spółka komandytowa i które działania zostały zakwalifikowane, jako usługi opisane w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług.

W odpowiedzi konsorcjum Impel wskazało, iż jeden z członków konsorcjum Hospital Serwis Partner Sp. z o. o. Sp. k. utworzył w ramach przedsiębiorstwa niepubliczny zakład opieki zdrowotnej – NZOZ Centrum Usług Pielęgnacyjno – Opiekuńczych we Wrocławiu i w konsekwencji ma podstawy prawne do wykonywania usług korzystających ze zwolnienia podatku VAT. Wskazał, iż wobec czynności wykonywanych przez Hospital Serwis Partner Sp. z o. o., Sp. k. tj. usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane w szczególności: przebieranie pościeli, mycie i dezynfekcja łóżek szpitalnych po wypisie lub zgodnie chorego, transport czystej i brudnej bielizny pościelowej, operacyjnej i odzieży ochronnej na wyznaczonym odcinku pracy, na oddziałach szpitalnych pomoc w obsłudze pacjenta, m.in. wynoszenie basenów, kaczek, zastosował zwolnienie z opodatkowania VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 znowelizowanej ustawy o podatku od towarów i usług.

Ponadto Izba ustaliła, iż pismem z dnia 28 stycznia 2011 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p., wezwał wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o. o. do uzupełnienia oferty o „wykaz wszystkich niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, gdyż wykaz złożony pierwotnie nie zawierał wymaganego aparatu telefonicznego.

W odpowiedzi wykonawca ten przedłożył nowy wykaz zawierający aparat telefoniczny. Wykaz ten opatrzony został datą 31 stycznia 2011 r.

Pismem z dnia 31 stycznia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o. o. oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o. o. Spółka komandytowa. Czynność ta leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 14 lutego 2011 r. zgłosiło konsorcjum Impel. Izba stwierdziła, iż wykonawca ten wypełnił przesłanki określone w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. i stał się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść złożonych ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o. o. w sytuacji, gdy uzupełniony przez tego wykonawcę wykaz wszystkich niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Należy zauważyć, iż zamawiający za wyjątkiem przytoczenia brzmienia

przepisu art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy p.z.p., w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w żaden sposób nie uszczegółowił swoich wymagań wobec wykonawców, pozostawiając dowolność w zakresie wypełnienia załącznika nr 7 do SIWZ. Zamawiający pozostawił dowolność wykonawcom, jakie narzędzia i urządzenia są niezbędne do wykonania zamówienia i potwierdzać będą warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Wobec takiego stanu rzeczy nie sposób uznać, iż niewskazanie w załączniku nr 7 do SIWZ aparatu telefonicznego przesądza o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu gdyż w ocenie Izby zamawiający warunku w tym zakresie nie sprecyzował. Bezspornie zamawiający wymagał, aby serwis nocny w celu zabezpieczenia kontaktu posiadał aparat telefoniczny, jednakże wymóg ten nie dotyczy kwalifikacji podmiotowej wykonawcy a sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego w ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym wezwanie przez zamawiającego wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o. o. do uzupełnienia wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jak też uzupełnienie powyższego wykazu z datą 31 stycznia 2011 r. nie zmieniło statusu tegoż wykonawcy w postępowaniu i nie mogło prowadzić do jego wykluczenia z postępowania. Skoro zamawiający nie określił, jakimi narzędziami i urządzeniami musi dysponować wykonawca, aby wykazać, iż posiada odpowiedni potencjał techniczny i może ubiegać się o udzielenie zamówienia to nie sposób uznać teraz, iż złożenie takiego czy innego wykazu przesądzać będzie o jego wykluczeniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o. o. w sytuacji gdy podlega on wykluczeniu wobec nie potwierdzenia się w/w zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Wobec stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia w/w wykonawcy z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia nie będzie miał zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Impel, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Na rozprawie odwołujący sprecyzował, iż niezgodność oferty konsorcjum Impel z treścią SIWZ polega na dokonaniu przez tego wykonawcę nieuprawnionej modyfikacji załącznika nr 1 do SIWZ tj. formularza cenowego. Powyższy zarzut nie znajduje uzasadnienia w zebranych materiale dowodowym. Izba stwierdziła, iż konsorcjum Impel złożyło w swojej ofercie formularz cenowy na wzorze określonym przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ. Wbrew twierdzeniom odwołującego treść powyższego załącznika nie została przez konsorcjum Impel w żaden sposób zmodyfikowana a tym samym treść jego oferty należało uznać za zgodną z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Impel jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny Izba również

nie podzieliła stanowiska odwołującego. Należy wskazać w pierwszej kolejności, iż przedmiotem ustaleń Izby nie była prawidłowość zastosowanej przez konsorcjum Impel stawki podatku VAT czy też zwolnienia, gdyż jak wskazał na rozprawie sam odwołujący „spór nie dotyczy możliwości stosowania zwolnienia czy też określania stawki podatku VAT, a braku porównywalności ofert przy dopuszczeniu takiego wypełnienia załącznika nr 1, jak dokonał tego wykonawca Impel Cleaning., tj. poprzez zastosowanie zwolnienia do niewiadomego rodzaju usług, jak też zastosowania stawki 23% do bliżej nieokreślonych usług i do jakiej ceny jednostkowej”. Bez wątplenia zamawiający nie określił, w jaki sposób należało wypełnić załącznik nr 1 do SIWZ dlatego też w ocenie Izby wpisanie przez konsorcjum Impel w kolumnie 7 powyższego załącznika zarówno „zw” jak i „23%” przy braku ich kwestionowania należało uznać za dopuszczalne. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż z treści oferty konsorcjum Impel nie wynika, jakie usługi zostały objęte zwolnieniem a wobec jakich zastosowano stawkę podatku 23%. Zamawiający w sposób uprawniony zastosował dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. wzywając konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień treści oferty. Z przedłożonych wyjaśnień wynika, jakie usługi zostały objęte zwolnieniem od podatku VAT.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. tj. stosownie do wyniku postępowania. Zgodnie z § 3 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się (...) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocników. Zamawiający rachunków nie przedłożył.

Przewodniczący:

.....