

WYROK

z dnia 24 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk - Mazuś

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. komandytowa we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhoffa w Białymstoku - w trybie przetargu nieograniczonego na „*usługę obejmującą utrzymanie czystości w obiektach Zamawiającego prace pomocnicze, transport wewnętrzny oraz obsługę szatni i portierni*”,

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego – Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie – po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] z kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego - Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. komandytowa we Wrocławiu;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhoffa w Białymstoku, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn.: 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*usługę obejmującą utrzymanie czystości w obiektach Zamawiającego prace pomocnicze, transport wewnętrzny oraz obsługę szatni i portierni*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia wynosi 9.946.910,86 zł [298.407,33 euro].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 7-010326 w dniu 12 stycznia 2011r.

Zamawiający w dacie 4 lutego 2011r. powiadomił wykonawców dokonaniu oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wyborze najkorzystniejszej oferty. Od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Odwołujący w dniu 14 lutego 2011r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wybranego Wykonawcę: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 43 ust. 1 pkt. 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług [Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.) oraz w związku z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z dnia 8 czerwca 1993 r.), poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wybranego Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie;
- 4) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uchylenie czynności wyboru oferty Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie;
- 2) wykluczenie Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie na podstawie

- przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 3) odrzucenie oferty Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;
 - 4) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że:

1. Wykonawca: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z § 6 pkt. 1.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Wykonawca winien dołączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zdaniem Odwołującego, wybrany wykonawca nie przedstawił w ofercie takiego wykazu, a tylko wykaz kadry kierowniczej i nadzorującej, podczas gdy Zamawiający w sposób jednoznaczny żądał wykazu wszystkich osób biorących udział w realizacji zamówienia. Skoro od warunku nikt nie się nie odwołał, to wiąże on wszystkich wykonawców w tym samym stopniu i Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert winien w taki sam sposób egzekwować żądane informacje od wszystkich. Brak reakcji Zamawiającego na uchybienia w ofercie wybranego wykonawcy w opisanym zakresie prowadzi do nierównego traktowania wykonawców oraz do nieuzasadnionego faworyzowania jednego z nich. Według Odwołującego, nie ma w przedmiotowej sytuacji zastosowania art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że oferta tego wykonawcy i tak podlega odrzuceniu z innych powodów.

2. Oferta Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 6 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z ustawą o VAT i o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z formularzem ofertowym wybrany Wykonawca zaproponował wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia w zakresie prac pomocniczych za 1 miesiąc za cenę 98.000,00 PLN przy zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT, jak również w zakresie transportu wewnętrznego za 1 miesiąc za cenę 52.000,00 PLN przy zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT. Tak złożona oferta zawiera błąd w cenie nie podlegający poprawieniu. Zgodnie z nowelizacją przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług [Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.], od dnia 1 stycznia 2011r. zmienił się stan prawny w zakresie dopuszczalności stosowania przez podatników zwolnienia z podatku VAT. Dotychczasowe (tj. obowiązujące do dnia 31.12.2010r.) zwolnienie przedmiotowe

usług wskazanych w załączniku nr 4 do ustawy przysługiwało każdemu podmiotowi działającemu na rynku, niezależnie od jego statusu i formy organizacyjnej. Aktualnie wyłącznie zakłady opieki zdrowotnej są uprawnione do stosowania zwolnienia z podatku VAT w odniesieniu do usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane. Powyższe uprawnienie wynika wprost z przepisów ustawy o VAT - art. 43 ust. 1 pkt. 18. Ustawodawca wprowadził zatem obligatoryjne kryterium podmiotowe w postaci obowiązku posiadania statusu zakładu opieki zdrowotnej, którego spełnienie dopiero uzasadnia prawo do oferowania usług objętych stawką podatku VAT w wysokości „zw”. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie nie posiada statusu zakładu opieki zdrowotnej, zatem nie jest uprawniony na gruncie obowiązujących przepisów do stosowania zwolnienia od podatku VAT. Ponadto, w zakresie obowiązków dla transportu wewnętrznego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawarte są również czynności nie podlegające zwolnieniu od podatku VAT - tj. czynności transportu odpadów komunalnych, które nie korzystają ze zwolnienia podatkowego. Podstawą ustalenia, jaka stawka VAT będzie miała zastosowanie w danym przypadku, istotny jest stan faktyczny konkretnego przypadku. Dla wskazania powyższego ważny jest rzeczywisty opis przedmiotu zamówienia i świadczonej usługi, jej treściowy zakres, a nie techniczny podział, bądź jego brak, w ramach zastosowanego przez Zamawiającego wypunktowania usług wchodzących w zakres zamówienia [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2009r. - sygn. akt KIO/UZP/971/09]. W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługą, w skład której wchodzi: usługi transportu wewnętrznego sensu stricte oraz inne usługi, o których mowa powyżej - takie jak transport odpadów komunalnych. Nie można zatem mówić o pomocniczym charakterze tych. usług. Usługi te bowiem stanowią cel sam w sobie dla klienta, mają odmienny cel i charakter od usług transportu wewnętrznego [sensu stricte], nie są natomiast środkiem do lepszego wykonania usługi zasadniczej, tj. transportu wewnętrznego. Odwołujący stwierdza, że obowiązek ustalenia obowiązującej stawki podatku od towarów i usług oraz ustalenia jego wartości spoczywa zawsze na wykonawcy - podatniku zgodnie z art. 15 i 19 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz z § 5 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. 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 2008 r. Nr 212, poz. 1337 z późn. zm.]. Rolą Zamawiającego - jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - jest

również ustalenie właściwej stawki podatku od towarów i usług [VAT], gdyż bez ustalenia powyższego nie można prawidłowo porównać złożonych ofert. Zamawiający powinien najpierw ustalić właściwą stawkę VAT, a następnie dokonać oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie dokonując tej czynności zamawiający narusza art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, traktując jednakowo wykonawców stosujących różne stawki podatkowe [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2008r. - sygn. akt KIO/UZP 115/07]. Uznanie przez Zamawiającego za prawidłową cenę z wadliwie naliczoną stawką podatku VAT [mniejszą niż wymagana ustawowo] narusza interesy innych przedsiębiorców biorących udział w przetargu i jako sprzeczne z prawem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Dz. U. z dnia 8 czerwca 1993 r.]. Tym samym prowadziłoby to do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne [wyrok z dnia 13 czerwca 2003 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - sygn. akt. V Ca 222/03]. Stanowisko Odwołującego znajduje pełne potwierdzenie zarówno w doktrynie prawa zamówień publicznych [por. „Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów” A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, str. 9 i nast; wyd. Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2006, str. 175] jak również w orzecznictwie arbitrażowym z zakresu zamówień publicznych [por. wyrok ZA z 5.07.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1605/05; wyrok ZA z 6.07.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1622/05]. W sposób konsekwentny podchodzi się bowiem do kwestii błędnej stawki VAT w ofercie. Sytuację taką należy zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych. Pogląd ten podzielił również SO w Poznaniu [por. wyrok SO w Poznaniu z 30.09.2005 r., sygn. akt II Ca 1063/05]. Odwołujący stwierdza, że błąd dotyczący zastosowania właściwej stawki VAT jest błędem w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i też w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Zamawiający w wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 21 stycznia 2011 r. odpowiedź na pytanie nr 61, stwierdził: „*Zamawiający wykreślił z tabeli w poszczególnych pozycjach wiersze związane z kosztami osobowymi?*”. Zamawiający nałożył więc na wykonawców obowiązek wykreślenia całego wiersza związanego z pracami pomocowymi czego wybrany wykonawca nie zrobił. Tym samym treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, i różni się w sposób istotny. W konsekwencji oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. komandytowa we Wrocławiu, zgłosił przystąpienie i został dopuszczony do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania [zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych] czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód”, uznać należało, że w analizowanym zakresie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

1. Podzielono zarzut odwołania dotyczący nieprawidłowego wskazania zwolnienia od podatku od towarów i usług w odniesieniu do tzw. prac pomocniczych oraz transportu wewnętrznego.

Bezspornym jest, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia oferty na opracowanym przez siebie formularzu [załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia], w którym wykonawcy zobligowani byli podać ceny z podziałem należności na siedem odrębnych kategorii. Opisany przez Zamawiającego w § 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis sposobu obliczenia ceny wymaga, by: cena zawierała wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia; była podana w polskich złotych [z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku]; przy kalkulacji ceny należy uwzględnić zróżnicowanie nakładów na poszczególne rodzaje powierzchni. Zamawiający wymagał zastosowania następującego sposobu do obliczenia ceny oferty: „Podać cenę netto za wykonanie usługi w jednym miesiącu, z dokładnością do 2 miejsc po przecinku, z podziałem należności na:

a) *utrzymanie czystości w pomieszczeniach związanych z działalnością medyczną:*

- *I strefa czystości*
- *II strefa czystości*
- *III strefa czystości*

b) *utrzymanie czystości w pomieszczeniach administracyjnych (IV strefa czystości)*

c) *prace pomocnicze przy pacjencie*

d) *transport wewnętrzny*

e) *obsługę szatni, portierni i centrali telefonicznej*

z wyodrębnieniem w każdej pozycji kosztów osobonych

oraz łączną miesięczną cenę netto wykonania usługi (suma cen jednostkowych wymienionych w poz. a-e).”

Dla każdej z pozycji obliczyć wartość podatku VAT, mnożąc podane ceny netto przez obowiązującą stawkę podatku VAT. Wynik wpisać do tabeli po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku. Dodatkowo podać zastosowaną stawkę podatku (w %). Obliczyć cenę brutto każdej pozycji oraz łączną miesięczną cenę brutto wykonania usługi, sumując ceny netto i wartości podatku VAT, Obliczyć łączną wartość netto, wartość podatku VAT i wartość brutto usługi za okres miesięcy (mnożąc miesięczne wartości przez). Tak wyznaczona cena brutto oferty będzie podstawiona do wzoru podczas oceny ofert.

Ponadto Zamawiający podał, że prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym; jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek

wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Powyższe oznacza, że Zamawiający nie tylko wymagał podania cen brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, ale także postawił wymóg wskazania cen netto za poszczególne usługi oraz przypisania do nich właściwych stawek [względnie zwolnienia] od podatku od towarów i usług. W świetle powyższego wymagania Zamawiającego, rzeczą i obowiązkiem wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie było podanie w formularzu ofertowym prawidłowych stawek oraz wysokości podatku od towarów i usług.

Zgodnie z formularzem ofertowym wybrany Wykonawca – Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” zaproponował wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia w zakresie prac pomocniczych za 1 miesiąc za cenę 98.000,00 PLN przy zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT, jak również w zakresie transportu wewnętrznego za 1 miesiąc za cenę 52.000,00 PLN przy zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT. Natomiast zgodnie z nowelizacją przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, dokonaną ustawą z dnia 29 października 2010r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług, od dnia 1 stycznia 2011r. zmienił się stan prawny w zakresie dopuszczalności stosowania przez podatników zwolnienia z podatku od towarów i usług. Trafnie dostrzegł Odwołujący, że dotychczasowe [tj. obowiązujące do dnia 31 grudnia 2010r.] zwolnienie przedmiotowe usług wskazanych w załączniku nr 4 do ustawy przysługiwało każdemu podmiotowi działającemu na rynku, niezależnie od jego statusu i formy organizacyjnej, natomiast aktualnie wyłącznie zakłady opieki zdrowotnej są uprawnione do korzystania ze zwolnienia z podatku od towarów i usług w odniesieniu do usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, co wynika wprost z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług - art. 43 ust. 1 pkt. 18. Ustawodawca wprowadził zatem obligatoryjne kryterium podmiotowe w postaci obowiązku posiadania statusu zakładu opieki zdrowotnej, którego spełnienie dopiero uzasadnia skorzystanie ze zwolnienia podatkowego.

Na podstawie okoliczności ustalonych w sprawie należało stwierdzić, że wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie nie wykazał, by posiadał status zakładu opieki zdrowotnej, a tym samym, by był uprawniony na gruncie obowiązujących przepisów do stosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18) ustawy o podatku od towarów i usług.

Dostrzeżenia bowiem wymaga, że zgodnie z ustawą z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej [Dz. U. nr 91, poz. 408, z późn. zm.], zakładem opieki zdrowotnej jest

wyodrębniony organizacyjnie zespół osób i środków majątkowych utworzony i utrzymywany w celu udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia, przy czym ZOZ może być również utworzony w celu prowadzenia badań naukowych i prac badawczo-rozwojowych lub realizacji zadań dydaktycznych i badawczych, a oba cele muszą być powiązane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia. Stawiane są także szczególne warunki techniczne co do pomieszczeń i urządzeń zakładu opieki zdrowotnej; tylko osoby wykonujące zawód medyczny, w tym także wolontariusze mogą udzielać świadczeń zdrowotnych a kierownik ZOZ musi także posiadać szczególne kwalifikacje. Obecnie obowiązująca ustawa wyróżnia - w zależności od podmiotu tworzącego ZOZ - publiczny [utworzony przez ministra lub centralny organ administracji rządowej, wojewodę, jednostkę samorządu terytorialnego, państwowa uczelnia wyższa lub prowadząca działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych] i niepubliczny zakład opieki zdrowotnej [NZOZ], który może utworzyć Kościół [związek wyznaniowy], pracodawca, fundacja, związek zawodowy, samorząd zawodowy lub stowarzyszenie, inna osoba prawna lub fizyczna, a także spółka nie mająca osobowości prawnej. Wskazać dalej należało, że nie dopuszcza się na gruncie obecnego brzmienia ustawy, by zakładem opieki zdrowotnej mogła być spółka, nawet jeśli jest założycielem takiego zakładu. Podkreśla się w doktrynie, iż straciła aktualność uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r., [III CZP 115/95], zgodnie z którą świadczenia zdrowotne mogą być udzielane także przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, która - jeżeli taki jest przedmiot przedsiębiorstwa - jest zarazem ZOZ-em. Wskazuje się w tej mierze, że wskazana uchwała Sądu Najwyższego wydana została na podstawie regulacji ustawy o zakładach opieki zdrowotnej sprzed najpoważniejszej jej nowelizacji z 1997 r., kiedy to wyliczenie kategorii ZOZ-ów było we wcześniejszym brzmieniu ustawy przykładowe [można było zatem przyjąć, że ZOZ-em mogła być np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością], a jednocześnie nie wyłączono stosowania wobec ZOZ-ów przepisów o działalności gospodarczej. Podkreśla się, że obecnie zakład opieki zdrowotnej nie może być utożsamiany ze spółką z o.o. czy fundacją jako jego założycielem, stanowi bowiem odrębną jednostkę organizacyjną od podmiotu, który go utworzył [tak też: Z. Kubot w głosie do uchwały SN z dnia 22 września 2004 r., I PZP 6/04 (PiZS 2005, nr 11, s. 27, teza 1);].

Na odrębność NZOZ jako podatnika wskazuje także orzecznictwo sądów administracyjnych, które uznaje podmiotowość NZOZ jako podatnika na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług: wyrok WSA w Szczecinie z 1 czerwca 2006 r. [sygn. I SA/Sz 19/06], a także akcentujący odrębność NZOZ na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 października 2008 r. [sygn. II

FSK 978/07].

Taki też wniosek płynie z treści złożonego przez Odwołującego na rozprawie pisma Ministra Finansów – Podsekretarza Stanu z dnia 27 stycznia 2011 r. [PT1/0602-31/EFU/2011/BM19-348] stanowiącego odpowiedź na zapytanie Marszałka Sejmu, gdzie wskazano, iż z przepisu art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług wynika, iż *zwolnieniu od podatku podlegają usługi w zakresie opieki medycznej oraz dostawa towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone wyłącznie przez zakłady opieki zdrowotnej*. Wreszcie, analogiczną intencję wyraził ustawodawca dokonując omawianej zmiany ustawy o podatku od towarów i usług, w uzasadnieniu do kolejnych identycznie brzmiących projektów nowelizacji ustawy w zakresie przepisu art. 43 ust. 1 pkt 18 i 19 tej ustawy: *„Przepis przewiduje, że w zakresie usług opieki medycznej, zwolnieniu będą podlegały jedynie te usługi, których celem jest profilaktyka, zachowanie, ratowanie, przywracanie i poprawa zdrowia [świadczone przez uprawnione do tego podmioty]. Nie będą natomiast zwolnione od podatku np. usługi badań genetycznych wykonywanych w celu stwierdzenia pokrewieństwa, ponieważ nie służą one szeroko rozumianemu ratowaniu zdrowia. Jest to zmiana w stosunku do obecnie obowiązującego zakresu przedmiotowego zwolnienia, jednak to ograniczenie jest konieczne, w świetle brzmienia przepisów art. 132(1)(b) i (c) dyrektywy 2006/112/WE, a także w świetle ukształtowanej w licznych wyrokach ETS linii orzeczniczej.”*

Powyższe czyni zasadnym wniosek, iż uprawnienie do skorzystania ze zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług jest uwarunkowane posiadaniem statusu zakładu opieki zdrowotnej, przy czym – w kontekście podnoszonej przez Przystępującego okoliczności, a kwestionowanej przez Odwołującego iż Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” posiada zarejestrowaną w ramach własnej struktury Przyzakładową Przychodnię Rehabilitacyjną – warunku tego nie wypełnia fakt, że dany podmiot jest założycielem zakładu opieki zdrowotnej. Z treści wskazanego przepisu, a także przytoczonych wyżej poglądów wyrażanych w orzecznictwie wypracowanym w odniesieniu do statusu zakładu opieki zdrowotnej a także podmiotu założycielskiego w stosunku do ZOZ-u na gruncie prawa podatkowego wynika odrębność zakładu opieki zdrowotnej od jego założyciela. Nie wystarczy zatem dla skorzystania z przedmiotowego zwolnienia posiadać w ramach swojej struktury zakład opieki zdrowotnej, dla którego dany podmiot jest założycielem, ale wymagane jest posiadanie przez podmiot statusu zakładu opieki zdrowotnej. W prawie podatkowym stosowanie analogii uznaje się za niedopuszczalne.

Na rozprawie wykonawca Spółdzielnia Inwalidów Naprzód wywodził uprawnienie do skorzystania ze zwolnienia z podatku od towarów i usług także z brzmienia przepisu art. 43 ust. 1

pkt 19) ustawy o podatku od towarów i usług. Przepis ten stanowi, iż zwolnione od podatku są usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, świadczone przez lekarzy i lekarzy dentyistów, pielęgniarki i położne, osoby wykonujące inne zawody medyczne o których mowa w art. 18 d ust. 1 pkt 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz przez psychologów. Z przepisu tego wynika zatem możliwość korzystania ze zwolnienia podatkowego przez wymienione w nim osoby [należące do odpowiednich kategorii zawodów] w związku ze świadczeniem przez te osoby usług – co wyraźnie nawiązuje do działalności wykonywanej osobiście przez te osoby, samodzielnego świadczenia usług a nie świadczenia pracy w ramach i na rzecz innego podmiotu, który wykonuje działalność polegającą na sprzedaży usług świadczonych przez osoby posiadające wymienione kwalifikacje. Taki też zamysł ustawodawcy zdaje się wynikać z przytoczonego wyżej uzasadnienia przedmiotowej nowelizacji przepisu art. 43 ust. 1 pkt 18 i 19 ustawy o podatku od towarów i usług, gdzie wskazano, że zwolnienie od podatku od towarów i usług na podstawie obu wymienionych przepisów jest adresowane do uprawnionych podmiotów, przez które należy rozumieć wymienione w tych przepisach: zakłady opieki zdrowotnej oraz lekarzy i lekarzy dentyistów, pielęgniarki i położne, osoby wykonujące inne zawody medyczne o których mowa w art. 18 d ust. 1 pkt 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz psychologów].

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, że wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” nie przysługuje zwolnienie od podatku od towarów i usług przewidziane w art. 43 ust. 1 pkt 18 ani to, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 19 ustawy o podatku od towarów i usług.

Skoro w ofercie tego wykonawcy – w zakresie usług pomocniczych oraz transportu wewnętrznego - wskazano na zwolnienie w podatku od towarów i usług, Zamawiający winien był powziąć wątpliwość co do poprawności kalkulacji tak zaprezentowanej w formularzu ofertowym ceny. Powyższe czyni dokonany wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” obarczony wadą, co skutkowało uwzględnieniem odwołania i nakazaniem ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem wyżej opisanej okoliczności, że korzystanie ze zwolnienia w podatku od towarów i usług na podstawie każdego z wymienionych przepisów art. 43 ust. 1 pkt 17 i 18 ustawy o podatku od towarów i usług przysługuje jedynie podmiotom wyraźnie w nich wymienionym, to jest – odpowiednio - zakładom opieki zdrowotnej a także osobom należącym do wyraźnie wymienionych zawodów medycznych i okołomedycznych [lekarze, dentyści, pielęgniarki, psychologowie, osoby wykonujące inne zawody medyczne], świadczącym osobiście usługi w zakresie opieki medycznej, profilaktyki, zachowania ratowania, przywracania i ochrony zdrowia.

Skoro bowiem Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców cen za wykonanie zamówienia w sposób prezentujący kwotę netto a także stawki i wysokość podatku od towarów i usług [a zatem i ewentualne zwolnienie od tego podatku], rzeczą Zamawiającego było zbadanie podanych w tym zakresie cen, analiza pod kątem prawidłowości stawki i podatku, jaki winien być uwzględniony w cenie i rozpatrzenie powyższej kwestii w kontekście regulacji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy o podatku od towarów i usług.

Nie uwzględniono zarzutu bezpodstawnego wskazania w ofercie w części dotyczącej transportu wewnętrznego jednolitego zwolnienia przedmiotowego od podatku od towarów i usług, podczas gdy – jak wskazywał Odwołujący – zwolnienie to nie przysługuje w zakresie wszystkich usług składających się na transport wewnętrzny, to jest nie może dotyczyć transportu odpadów komunalnych. Uznano w powyższym zakresie, że Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu.

Odwołujący podniósł dodatkowo zarzut, że oferta Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bez szerszego uzasadnienia, nie wskazując także jaki czyn, kwalifikowany w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w Jego ocenie ma stanowić złożenie oferty zawierającej nieuprawnione zwolnienia od podatku od towarów i usług. Uznano zatem, że Odwołujący, mimo ciężącego na nim – z mocy art. 6 kc – ciężaru dowodu nie wykazał trafności swego stanowiska.

Z tego względu nie uznano za zasadny zarzutu odwołania co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” pomimo, że – zdaniem Odwołującego - stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie podał, jaki czyn nieuczciwej konkurencji stanowi, w Jego ocenie złożenie oferty przez wykonawcę Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód”, nie wykazał także na czym ten czyn polega, co jest równoznacznie z niewykazaniem zasadności postawionego zarzutu.

2. Nie potwierdził się zarzut niespełnienia przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w § 6 pkt. 1.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zakresie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [§ 5 WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (art.22; art. 41 pkt 7; art. 36 ust. 1 pkt 5)] warunek, że „*O udzielenie zamówienia*

mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1.3 dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

2. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków

2.3. w zakresie warunku w pkt 1.3.

- Dla uznania, że wykonawca spełnia warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żąda, by wykonawca wykazał co najmniej:
- 1 osobę posiadającą co najmniej 12-miesięczny, wynikający z jednego kontraktu staż pracy, polegający na kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem czystości w obiektach szpitalnych, organizację transportu i pracę sanitariuszy, nabyte w ciągu ostatnich 3 lat
- 1 osobę zatrudnioną na stanowisku brygadzysty, z przygotowaniem merytorycznym do realizacji przedmiotu zamówienia
- Wykonawca może polegać na **osobach zdolnych** do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami, niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zamawiający dalej postanowił: Ocena spełniania warunków udziału, zawartych w ust. od 1.1 – 1.4, nastąpi na podstawie wymaganych i załączonych przez Wykonawcę do oferty dokumentów i oświadczeń, wymienionych w Rozdziale 6 siwz. Z dokumentów i oświadczeń musi wynikać, że wykonawca spełnia warunek udziału na dzień składania ofert. Nie wykazanie w wystarczający sposób potwierdzenia spełnienia tego warunku spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowaniu po nyczerpaniu czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Następnie w § 6 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia [WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY], Zamawiający postanowił: W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (art. 24-26; art. 36 ust. 1 pkt. 6; Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817)).

1.1. W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy:

1.1.1. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ.

(...)

1.1.3 Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami,

Z przytoczonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wynika, wbrew wnioskowi wywiedzionemu przez Odwołującego, że wymaganie złożenia wykazu osób odpowiedzialnych za świadczenie usług nie dotyczyło wszystkich osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu na rzecz Zamawiającego zamówienia, ale jest ono sprzężone z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu, opisanym w § 5 pkt 1.3 i 2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warunek, którego prezentacja miała nastąpić za pomocą wykazu osób dotyczy natomiast nie wszystkich pracowników, jakim zostaną powierzone czynności wykonawcze w ramach przedmiotowego zamówienia, ale co najmniej dwóch osób które mają posiadać odpowiednie, wymagane przez Zamawiającego doświadczenie [co najmniej 12-miesięczny, wynikający z jednego kontraktu staż pracy, polegający na kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem czystości w obiektach szpitalnych, organizację transportu i pracę sanitariuszy, nabyty w ciągu ostatnich 3 lat – w odniesieniu do jednej osoby a także - zatrudnienia na stanowisku brygadzysty, z przygotowaniem merytorycznym do realizacji przedmiotu zamówienia – co do drugiej z tych osób]. Nie ulega wątpliwości, iż podnoszony w odwołaniu zarzut, iż wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie złożył niewłaściwy, bowiem nieobejmujący wszystkich pracowników wykaz, oparty jest na wrywkowym postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjętym z kontekstu i nieuwzględniającym brzmienia postawionego warunku, dla którego wykazania należało przedmiotowy wykaz osób złożyć. Tym samym, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wybranego wykonawcę Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu należało uznać za bezpodstawny.

Nie rozpatrywano zarzutu dotyczącego zaniechania wykreślenia w ofercie Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” wiersza związanego z kosztami osobowymi, co w ocenie Odwołującego miało prowadzić do naruszenia 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – wobec cofnięcia tego zarzutu na rozprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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].

.....

.....

.....