

Sygn. akt: KIO 2244/12

WYROK

z dnia 29 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2012r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie ul. Żabiniec 46; 31-215 Kraków (lider konsorcjum) oraz „Izan+” sp. z o.o. w Łodzi ul. Przybosia 3; 91-170 Łódź (członek konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. dr Janusza Daaba w Piekarach Śląskich ul. Bytomska 62; 41-940 Piekary Śląskie.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uchylenie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IMPEL Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. K. oraz ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. dr Janusza Daaba w Piekarach Śląskich ul. Bytomska 62; 41-940 Piekary Śląskie.**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie ul. Żabiniec 46; 31-215 Kraków (lider konsorcjum) oraz „Izan+” sp. z o.o. w Łodzi ul. Przybosia 3; 91-170 Łódź (członek konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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

Pismem z dnia 16.10.2012 odwołujący wniósł odwołanie w postępowaniu, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości i obsługi pozamedycznej ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz.2012/S 59-0936305 w dniu 24 marca 2012 roku.

Odwołanie zostało wniesione w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Partner sp. z o.o. sp. komandytowa ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław zwany dalej „wykonawcą wybranym” lub „Konsorcjum Impel Cleaning i Hospital Serwis Partner”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy wybranego pomimo, że wykonawca ten nie zgodził się na poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy oraz naruszenie art.7 ust.3 ustawy poprzez niezastosowanie się do Wyroku KIO z dnia 28.08.2012r. Sygn. akt KIO 1731/12 a tym samym nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w tym postępowaniu.

Zgłoszono następujące żądania: nakazanie zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazaniu zamawiającemu uprzednio zaniechanej czynności odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał na posiadanie interesu do wniesienia odwołania, które w jego ocenie jest w stanie pozyskać. Odwołanie złożył w przepisany terminie.

Wskazał następujące okoliczności faktyczne i prawne oraz dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Zamawiający w dniu 28.09.12r. zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28.08.2012r. ozn. Sygn. akt KIO 1731/12 na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy poprosił wykonawcę wybranego o wyrażenie zgody na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie powodującej istotnych zmian w treści oferty w formularzu ofertowym i w formularzu cenowym, informując jednocześnie, iż zamawiający odrzuci ofertę jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy.

Wykonawca wybrany w dniu 01.10.2012r. poinformował zamawiającego, że nie wyraża zgody na poprawienie omyłki w formularzy ofertowym i w formularzu cenowym polegających na niezgodności oferty z SIWZ.

Pomimo braku zgody na poprawienie omyłek zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy, ponieważ złożył ofertę i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, a zamawiający naruszając przepisy ustawy w związku z nieodrzczeniem oferty wykonawcy wybranego, uniemożliwia wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Izba na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania ustaliła co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 11.10.2012r. zawiadomił odwołującego o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to jest 3.060.000,00 zł., przedstawił wykaz trzech ofert złożonych w postępowaniu wraz ze streszczeniem i porównaniem ofert. Przy ofercie odwołującego zaznaczył, że zamawiający na podstawie wyroku KIO z dnia 28.08.2012r. Sygn. akt KIO 1731/12 na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 poprawił cenę na kwotę 2.429.496,00zł. Jako najkorzystniejszą ofertę zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum firm: Impel Cleaninig sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o., Sp.k. wycenioną na kwotę 2.304.072,00zł. (bez dokonania poprawki stawki podatku VAT) w uzasadnieniu podano, oferta spełnia warunki podane w SIWZ i uzyskała największą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. Zatem na podstawie art.91 ust.1 oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wykonawca udowodnił, że jest zarejestrowany jako podmiot leczniczy. Również zamawiający poinformował, że nie wykluczył żadnego oferenta ani nie odrzucił żadnej oferty. Powyższe ustalono na podstawie Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11.10.2012 roku.

W dniu 28 sierpnia 2012r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o Sygn. akt KIO 1731/12 orzekając w sprawie uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu Samodzielnemu

Publicznemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Chirurgii Urazowej im. Dra Janusza Daaba w Piekarach Śląskich (zamawiającemu) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym zastosowanie procedury poprawienia omyłek w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów NAPRZÓD w Krakowie i Izan+Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMPEL Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp.z o.o. Sp.k. na podstawie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu Izba zważyła co następuje: "Jednocześnie Izba uznała, idąc za poglądem wyrażonym w przywołanych powyżej uchwałach Sądu Najwyższego, że w niniejszej sprawie brak jest możliwości stwierdzenia, iż przyjęte przez wykonawców stawki VATnie są wynikiem omyłki, zatem zaistniały podstawy do poprawienia ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielni Inwalidów NAPRZÓD w Krakowie i Izan+ Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMPEL Cleaning Sp z.o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp.k. na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający powinien zatem dokonać poprawienia ofert ww. wykonawców przez poprawienie ceny przyjmując 23% stawkę VAT i zawiadamiając o tym wykonawców, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku nie wyrażenia zgody przez wykonawców na poprawienie omyłki zamawiający powinien oferty odrzucić".

Zamawiający pismem z dnia 28.09.2012r. skierowanym do IMPEL Cleaning Sp z.o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp.k. na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z ww Wyrokiem KIO poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty: w formularzu ofertowym w pozycji 1 –cena miesięczna usługi zamawiający poprawia podatek VAT oraz cenę brutto. Również w formularzu ofertowym w pozycji nr 2 – kwota całkowita kontraktu w okresie 12 miesięcy, zamawiający poprawia również podatek VAT oraz cenę brutto. Dalej w piśmie prosi o wyrażenie zgody na poprawienie wyżej wymienionej omyłki w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego zawiadomienia. Równocześnie poucza, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3.

W dniu 1 października 2012r. w piśmie IMPEL Cleaning Sp z.o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp.k. skierowanym do zamawiającego oświadcza, że nie wyraża zgody, na poprawienie w formularzu cenowym i ofertowym omyłek polegających na niezgodności

oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian oferty. Wskazuje, że decyzja jest związana z przywołanym Wyrokiem KIO z dnia 28 sierpnia 2012r. Sygn. akt KIO 1731/12, przesądzającej o stawkach podatku VAT, jakie należało zastosować w ofertach wykonawców. Dalej przywołał stanowisko Izby stwierdzając, że (...)Izba stanęła na stanowisku, iż nie jest prawidłowym rozwiązaniem, aby wykonawcy w oparciu o przepis art.43 ust.1 pkt 18 a ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity Dz.U. z 2011r. Nr 177, poz. 1054 ze zmianami) dalej ustawa o VAT, stosowali stawkę „zw”. Izba w tym zakresie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości orzekła, iż oferty, które przewidują stawkę podatku VAT w wysokości „ZW” podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba orzekła, iż „brak jest podstaw do zastosowania dla całego przedmiotu zamówienia, jak i jego części, zwolnienia z VAT na podstawie 43 ust.1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie, z którym zwolnieniu od podatku podlegają usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawy towarów i świadczenia usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Zarówno wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów NAPRZÓD w Krakowie i Izan+ Sp. z o.o. jak i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IMPEL Cleaning Sp z.o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp.k. nie są podmiotami leczniczymi w rozumieniu ww. ustawy” – strona 12;11 wiersz od góry uzasadnienia. Dalej w piśmie wykonawca wybrany stwierdza, że „Izba tym samym nie orzekła, iż brak jest podstaw do zastosowania zwolnienia z podatku VAT na podstawie art.3 ust.1 pkt 18 ustawy o podatku od towarów i usług w niniejszym postępowaniu. Z cytowanego „przeczenie” wynika wręcz, iż Izba podstawy takie widzi. Jednak na podstawie błędnie ustalonego stanu faktycznego–iż Hospital Serwis Partner sp. z o.o. Sp.k. nie jest podmiotem leczniczym, zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011r. o działalności leczniczej (Dz. U. nr 112, poz. 654 ze zmianami)- orzekła iż brak jest podstaw aby Konsorcjum ” IMPEL Cleaning Sp z.o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp.k. z prawa to takiego zwolnienia skorzystało.”

Do pisma w załączeniu przesłano wpis spółki Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp.k. do rejestru prowadzonego przez Wojewodę Dolnośląskiego, potwierdzający spełnienie przez te spółkę wymogów do prowadzenia działalności leczniczej i nadający spółce status zakładu leczniczego. Uprawnienie do stosowania zwolnienia od podatku VAT potwierdza załączona Interpretacja Indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 16 lipca 2012r. w sprawie stosowania przez spółkę zwolnienia od podatku VAT do

świadczonych usług. Podsumowując stwierdza się w tym piśmie, że korzystanie przez spółkę ze zwolnienia od podatku VAT jest w pełni zasadne i w świetle orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2012r. w pełni zgodne z prawem. Tym samym w ocenie spółki brak jest przesłanek do dokonywania jakichkolwiek zmian w naszej ofercie.

Na podstawie tego pisma wykonawcy wybranego, który nie zgodził się na dokonaną przez zamawiającego poprawkę stawki podatku VAT a w konsekwencji ceny oferty, zamawiający nie odrzuca jego oferty tylko wybiera ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą, zawiadamiając oferentów o powyższym pismem z dnia 11.10.2012 roku.

Od powyższej czynności odwołujący składa odwołanie z zarzutami i wnioskami jak powyżej opisano.

Izba zważyła.

Odwołanie jest uzasadnione.

Zamawiający podjął czynności na podstawie Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2012r. oznaczonej Sygn. akt KIO 1731/12 w celu jego wykonania. Z sentencji powyższego wyroku KIO wynika, że zamawiającemu nakazano uchylić wybór najkorzystniejszej oferty, po czym przeprowadzić korektę ofert w zakresie formularzy ofertowych w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy celem dokonania poprawek w dwóch ofertach to jest w ofercie odwołującego oraz wykonawcy wybranego to jest konsorcjum Impel Cleaning i Hospital Serwis Partner. Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku na str. 13 zamawiający powinien dokonać poprawienia formularzy ofertowych i cenowych stosując podatek VAT w wysokości 23 procent.

Powyższy nakaz Krajowej Izby Odwoławczej w stosunku do zamawiającego nastąpił na podstawie ustaleń w toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1731/12. Podstawę nakazu stanowiło ustalenie, że wykonawcy to jest zarówno odwołujący jak i wykonawca wybrany nie są zakładami leczniczymi i nie są w związku z tym zwolnieni z podatku VAT.

Z treści wyroku KIO o Sygn. akt KIO 1731/12 wynika, że wykonawca wybrany to jest Konsorcjum Impel Cleaning i Hospital Serwis Partner nie brał udziału w postępowaniu odwoławczym pomimo, że było wezwane do przystąpienia do postępowania odwoławczego (akta postępowania o udzielenie zamówienia w sprawie o Sygn. akt KIO 1731/12).

W związku z powyższym Wykonawca wybrany nie był uprawniony do zaskarżenia przedmiotowego Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o Sygn. akt KIO1731/12, nie będąc jego uczestnikiem, w myśl art. 198a ust.1 ustawy (na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu).

Niemniej na podstawie tegoż Wyroku wykonawca wybrany w dniu 28.09.2012r. został wezwany przez zamawiającego do wyrażenia zgody na dokonane poprawki w jego ofercie odnoszące się do stawki podatku VAT w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 z rygorem odrzucenia oferty w przypadku nie wyrażenia zgody na dokonane poprawki w terminie trzech dni.

Wykonawca wybrany w terminie trzech dni to jest pismem z dnia 01.10.2012r. oświadczył, że nie wyraża zgody na dokonane poprawki przez zamawiającego w jego formularzu ofertowym. Przy czym powołując się na wyrok KIO stwierdził, że ustalono w nim błędny stan faktyczny co do tego, że jako wykonawca wybrany nie jest zakładem leczniczym i stąd Wyrok nakazujący w stosunku do jego oferty dokonania poprawek w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy jest nieusprawiedliwiony. Z tego powodu wykonawca wybrany nie wyraził zgody na dokonane poprawki w zakresie podatku VAT.

Jednocześnie w wyżej wymienionym piśmie wykonawca wybrany przedstawił dowody na to, że jest podmiotem uprawnionym do zwolnienia od podatku VAT a po drugie, że jest zakładem leczniczym.

Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego wyjaśnił, że na podstawie tak przedstawionych faktów przez wykonawcę wybranego, zamawiający unieważnił czynność poprawienia formularza ofertowego w ofercie wykonawcy wybranego co w jego ocenie stanowiło zwykłą czynność techniczną i nie wymagało uchylecia czynności dokonanej poprawki stawki VAT i wezwania do wyrażenia zgody na dokonaną poprawkę w ofercie. Ponadto pełnomocnik zamawiającego stwierdził, że czynność unieważnienia dokonanej poprawki podatku VAT znalazła pośrednio odzwierciedlenie w piśmie z dnia 11 października 2012r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym to piśmie przy ofercie wykonawcy wybranego nie podano informacji o dokonanej poprawie oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt 3

ustawy. Izba ustaliła ponadto, że przy informacji o wykonawcy wybranym zamieszczono wzmiankę, że jest zakładem leczniczym a co miało pośrednio świadczyć w ocenie odwołującego o unieważnieniu poprawienia podatku VAT.

W ocenie Izby takie rozumowanie zamawiającego jest pozbawione jakiegokolwiek racjonalności i zgodności z prawem, ponieważ po pierwsze wyrok KIO jest w samej sentencji jednoznaczny to znaczy wymaga się od zamawiającego dokonania poprawek stawki podatku VAT w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy a co w uzasadnieniu odzwierciedlone jest powyżej cytowanym fragmentem o treści, z której wynika, że podatek ma być naliczony w wysokości 23 % z wezwaniem do wyrażenia zgody przez wykonawcę na te poprawkę pod rygorem odrzucenia oferty.

Znamienne w przedmiotowej sprawie jest również, że ponownie jak w sprawie oznaczonej o Sygn. akt KIO1731/12 wykonawca wybrany nie skorzystał z wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W powyżej przedstawionej sytuacji faktycznej i prawnej Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku zamawiającego do oddalenia odwołania wobec nie wykonania przez zamawiającego postanowień sentencji Wyroku KIO z dnia 28.08.2012r. oznaczonej Sygn. akt KIO 1731/12 w związku z ustaleniem przez zamawiającego po wydaniu wyroku nowych okoliczności faktycznych i prawnych co do zwolnienia wykonawcy wybranego z podatku VAT.

Izba rozpoznając odwołanie nie znalazła podstaw prawnych do uwzględnienia nowych ustaleń dokonanych przez zamawiającego po dokonaniu poprawek stawki podatku VAT i odmowy wyrażenia zgody przez wykonawcę wybranego na dokonane w jego ofercie poprawki w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy, wobec nakazu wynikającego z wyroku KIO o Sygn. akt 1731/12. Bowiem wyrok Krajowej Izby Odwoławczej posiada powagę rzeczy osądzonej i jako prawomocny podlega wykonaniu. Powyższe wynika z treści art.197 ustawy zgodnie z którym orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu.

Natomiast wykonawca wybrany nie wyrażając zgody na dokonaną w jego ofercie poprawkę stawki podatku VAT wynikającą z nakazu Wyroku odmawia jego wykonania a przez to naraża się na skutki z art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy co do odrzucenia jego oferty. Natomiast nowe ustalenia prawne i faktyczne zamawiającego po wydaniu wyroku nie

mają jakiegokolwiek znaczenia wobec mocy wiążącej wyroku KIO z dnia 28.08.2012r. o Sygn. akt KIO 1731/12.

Reasumując zamawiający wobec odmowy zgody na poprawienie stawki podatku VAT w ofercie wykonawcy wybranego miał ustawowy obowiązek odrzucenia jego oferty co znajduje oparcie w treści art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie w myśl art. 192 ust.2 ustawy, ponieważ naruszenie art. 89 ust.1 pkt 7 oraz art. 87 ust.2 pkt 3 a w konsekwencji art.7 ust.3 ustawy ma wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 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. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzać uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący:

