

WYROK
z dnia 29 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 grudnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Ruszczańska 24, 28-230 Połaniec** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm: NIRO Sp. z o.o., ALTER Sp. z o.o., ORIN Sp. z o.o., NIROPRIM Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności poprawy w ofercie Konsorcjum firm: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. innej omyłki, dokonanej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w dniu 9 grudnia 2014 r.,**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum firm: NIRO Sp. z o.o., ALTER Sp. z o.o., ORIN Sp. z o.o., NIROPRIM Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin, i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Ruszczajska 24, 28-230 Połaniec** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm: NIRO Sp. z o.o., ALTER Sp. z o.o., ORIN Sp. z o.o., NIROPRIM Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Ruszczajska 24, 28-230 Połaniec** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego p.n.: „Kompleksowe utrzymanie czystości, wykonywanie dezynfekcji oraz na usługę transportu wewnątrzszpitalnego w pomieszczeniach budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu”. W dniu 20 sierpnia 2014 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 158-284640.

Odwołujący, Konsorcjum firm: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą lidera Konsorcjum w Połańcu, wniósł odwołanie wobec czynności poprawienia w formularzu oferty tego wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu anulowania czynności poprawienia w formularzu oferty Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę spełniającą warunki udziału w postępowaniu, zawierającą najniższą cenę, natomiast na skutek niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci uniemożliwienia mu dalszego udziału w postępowaniu, a przez to uniemożliwienia uzyskania zamówienia.

W dniu 9 grudnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp innej omyłki w formularzu ofertowym Odwołującego w zakresie:

- wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia,
- ryczałtowej miesięcznej wartości przedmiotu zamówienia,

w ten sposób, że zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług VAT do wszystkich czynności pomocniczych przy pacjencie, wskazanych w załączniku nr 8 do SIWZ rozdziale V pkt. 1 ppkt 1-3.

Odwołujący podniósł, że w jego ofercie nie ma omyłki, a tym samym, zaskarżona czynność Zamawiającego jest bezprawna. Wskazał, że aby możliwe było zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp konieczne jest wystąpienie łącznie następujących przesłanek:

1. uregulowanie pewnych kwestii w siwz w przeciwnym bowiem razie nie wystąpi ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do

porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności,

2. wystąpienie omyłki, powodującej niezgodność oferty z treścią siwz,
3. poprawienie omyłki nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

Odnosząc się do pierwszej przesłanki Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zał. nr 1 do SIWZ przygotował wzór formularza oferty, podając, iż cena za usługi pomocnicze przy pacjencie powinna zostać obliczona i podana bez podatku od towarów i usług VAT („VAT zw”) (pkt. III Cena, podpunkt 2).

Jednocześnie w załączniku nr 8 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia do SIWZ w rozdziale V, pkt. 1 ppkt. 1-3 Zamawiający w zakresie czynności pomocniczych przy pacjencie, a więc zwolnionych z podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt. 18a ustawy o podatku od towarów i usług wskazał również transport zwłok (ppkt. 3), który zwolnieniu nie podlega.

Mając na uwadze powyższą rozbieżność, Odwołujący zadał 2 pytania o następującej treści:

„Prosimy o informację, czy w formularzu ofertowym - zał nr 1 do SIWZ w punkcie III Cena, podpunkt 2) usługi pomocnicze przy pacjentach - należy wycenić czynności opisane w załączniku nr 8 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, Rozdział V punkt 1, podpunkt od 1 do 3?”

Zamawiający w Informacji nr 5 dla Wykonawców z dnia 15.09.2014 r. w odpowiedzi na pytanie 3 wyjaśnił:

„Zamawiający potwierdza, iż w formularzu ofertowym - załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie III, Cena, podpunkt 2) usługi pomocnicze przy pacjentach - należy wycenić czynności opisane w załączniku nr 8 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, Rozdział V punkt 1, podpunkt od 1 do 3.”

W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości Odwołujący zadał również pytanie co do elementów z OPZ, jakie mają zostać wycenione w pkt 3 formularza oferty o następującej treści:

„Prosimy o informację czy w formularzu ofertowym - załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie III Cena, podpunkt 3) usługa transportu wewnątrzszpitalnego - należy wycenić czynności opisane w załączniku nr 8 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, Rozdział V punkt 2, podpunkt od 1 -12?”

Odpowiedział:

„Zamawiający potwierdza, iż w formularzu ofertowym - załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie III Cena, podpunkt 3) usługa transportu wewnątrzszpitalnego - należy wycenić czynności opisane w załączniku nr 8 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, Rozdział V punkt 2, podpunkt od 1-12.”

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że w zał. nr 8 nie ma błędu, a jednocześnie doszło do wyjaśnienia treści SIWZ, poprzez jednoznaczne potwierdzenie, jakie czynności mają zostać wycenione w formularzu oferty w ppkt 2 i 3.

Zatem w świetle udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 3, aby postąpić zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego, a więc wycenić wszystkie czynności wskazane w zał. nr 8, w rozdziale V, pkt. 1 ppkt. 1-3, w formularzu oferty, w miejscu dla czynności pomocniczych przy pacjencie, konieczne było wpisanie również stawki podstawowej podatku VAT w wysokości 23% obok zwolnienia. Wobec odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego nie może być wątpliwości, że wykonawca był uprawniony do takiej modyfikacji, a tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być mowy o niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do drugiej przesłanki Odwołujący wskazał, że pod pojęciem omyłki rozumie się niezamierzone działanie wykonawcy, a nie tylko przypadki tzw. niezamierzonego błędu, każdorazowo zakładając, że w pojęciu tym nie mieści się celowe, zamierzone działanie wykonawcy. A contrario, w przypadku, gdy nieprawidłowości zawarte w ofercie nie mają charakteru niezamierzonego, inaczej mówiąc przypadkowego, a są efektem celowego działania oferenta, nie można poprawić oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podobnie Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt. XII Ga 429/09 (OSG 2010, Nr 7).

W dniu 14.10.2014 r. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.10.2014 r., szczegółowo wyjaśnił, dlaczego zastosował stawkę podstawową, tj. 23 % w zakresie czynności pomocniczych. Powyższe wskazuje, że w zaistniałym stanie faktycznym nie ma omyłki, a cena za usługi pomocnicze przy pacjencie została obliczona w sposób przemyślany i celowy. O świadomości i celowości działania świadczy dodatkowo załączenie do wyjaśnień interpretacji podatkowej, co potwierdziła Izba w wyroku z dnia 17.01.2013 r., sygn. akt. KIO 3/13 - „Świadomość wykonawcy Izba wywodziła m.in. z posługiwania się przez wykonawcę indywidualną interpretacją podatkową, co zresztą Zamawiający powinien wiedzieć, gdyż po dokonaniu wezwania ma wiedzę, że formularz został wypełniony świadomie i celowo”. Izba zwróciła uwagę, że ewentualne poprawienie omyłki przez zamawiającego można poprzedzić wyjaśnieniami wykonawcy złożonymi w trybie art 87 ust. 1 Pzp (KIO z 25.06.2013 r., sygn. akt. KIO 1331/13).

Ponadto, nie doszło do ziszczenia się trzeciej przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, gdyż dokonana przez Zamawiającego czynność jest istotna - wyrażenie zgody na jej dokonanie spowoduje, że oferta Odwołującego będzie zawierała błąd w obliczeniu ceny w zakresie pkt. 3, a tym samym będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp, ewentualnie w razie nie odrzucenia oferty Odwołującego, podpisanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego spowoduje powstanie po stronie Odwołującego

odpowiedzialności karnoskarbowej z tytułu naliczenia podatku w niewłaściwej wysokości.

W dniu 15 grudnia 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsorcjum firm: NIRO Sp. z o.o., ALTER Sp. z o.o., ORIN Sp. z o.o., NIROPRIM Sp. z o.o., zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2014 r. wniesionym do Prezesa KIO w dniu 23 grudnia 2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący, Konsorcjum firm: NIRO Sp. z o.o., ALTER Sp. z o.o., ORIN Sp. z o.o., NIROPRIM Sp. z o.o., pismem z dnia 24 grudnia 2014 r. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę, ubiega się o zamówienie, a zatem na skutek niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci uniemożliwienia mu dalszego udziału w postępowaniu, a przez to uniemożliwienia uzyskania zamówienia.

Wykonawca, Konsorcjum firm: NIRO Sp. z o.o., ALTER Sp. z o.o., ORIN Sp. z o.o., NIROPRIM Sp. z o.o., skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W trybie art. 186 ust. 4 Pzp Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu we wzorze formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ określił stawki podatku VAT dla

poszczególnych rodzajów usług podlegających wycenie w ofercie. W odniesieniu do „usług pomocniczych przy pacjentach” Zamawiający wymagał wskazania w formularzu ofertowym - ceny w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu zamówienia, jak i ryczałtowej miesięcznej wartości przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem zwolnienia od podatku od towarów i usług (VAT).

Odwołujący złożył ofertę w której w ww. pozycjach formularza ofertowego przyjął oprócz „zwolnienia” także stawkę podstawową VAT w wysokości 23%.

W dniu 8 października 2014 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z prośbą o wyjaśnienie treści oferty Odwołującego w zakresie: „dlaczego w formularzu ofertowym w pozycji usługi pomocnicze przy pacjentach wpisane zostało „VAT zw. i 23% 1104,00 zł”. Jakiego rodzaju usługi pomocnicze przy pacjentach objęte są stawką VAT 23%?” Zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w terminie do 14 października 2014 r.

Pismem z dnia 14 października 2014 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia. Stwierdził, że w jego ocenie, czynność transportu zwłok do Zakładu Patomorfologii na terenie Zamawiającego nie podlega zwolnieniu z podatku VAT. Na potwierdzenie powyższego wykonawca załączył do wyjaśnień interpretacje podatkowe wydane dla Lidera Konsorcjum – spółki Derśław oraz dla konsorcjanta DGP Clean Partner. Wykonawca wskazał, że skoro Zamawiający wymagał wyceny tej czynności w ramach usług pomocniczych przy pacjentach, a jednocześnie czynność ta nie podlega zwolnieniu z podatku VAT, to należało tę czynność wycenić z uwzględnieniem stawki podstawowej VAT. Dlatego przyjął w odniesieniu do tej usługi stawkę VAT w wysokości 23%.

W dniu 9 grudnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp innej omyłki w formularzu ofertowym Odwołującego w zakresie:

- wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu zamówienia,
- ryczałtowej miesięcznej wartości przedmiotu zamówienia,

w ten sposób, że zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług VAT do wszystkich czynności pomocniczych przy pacjencie, wskazanych w załączniku nr 8 do SIWZ rozdziale V pkt. 1 ppkt 1-3. Zamawiający wezwał jednocześnie wykonawcę do złożenia Zamawiającemu w terminie trzech dni od dnia otrzymania wezwania – pisemnej zgody wykonawcy na poprawę wskazanych omyłek.

W ustalonym powyżej stanie faktycznym, Izba zważyła, co następuje.

Biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący w swojej ofercie dokonał zmiany treści formularza ofertowego w stosunku do wzoru opracowanego przez Zamawiającego, wpisując

dodatkowo stawkę podatku VAT 23% oprócz przewidzianego przez Zamawiającego „zwolnienia” i uwzględniając ją w cenie oferty, Zamawiający prawidłowo zwrócił się do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o złożenie wyjaśnień co do treści oferty.

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdziły w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że wykonawca w sposób świadomy i w pełni zamierzony dokonał powyższych zmian w formularzu ofertowym. Odwołujący przedstawił w tym zakresie jasne stanowisko, poparte określoną argumentacją i dowodami, na których się oparł, tj. interpretacje podatkowe. Powyższe wyklucza możliwość potraktowania dokonanych przez Odwołującego zmian w formularzu ofertowym, jako innych omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Świadome i zamierzone działanie wykonawcy nie może prowadzić do omyłki, która z natury swojej jest wynikiem działania przypadkowego, niezamierzonego. Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie wielokrotnie wypowiedziała się w tym zakresie. Stanowisko to znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie sądów okręgowych (patrz: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt. XII Ga 429/09).

Zatem, Zamawiający w danym stanie faktycznym nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który to przepis (przy uwzględnieniu także dodatkowych przesłanek), umożliwia Zamawiającemu poprawienie w treści złożonej oferty - „omylek”, a więc niezamierzonych w treści opuszczeń, przeinaczeń, etc.

Zarówno wyjaśnienia wykonawcy z dnia 14 października 2014 r., jak i treść odwołania potwierdza, że w przypadku oferty Odwołującego nie mamy do czynienia z omyłką, a „cena za usługi pomocnicze przy pacjentach została obliczona w sposób przemyślany i celowy”. Wobec powyższego Zamawiający nie był uprawniony do dokonania czynności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, której wyraz dał w zawiadomieniu z dnia 9 grudnia 2014 r. Czynność ta podlegać musi zatem unieważnieniu przez Zamawiającego. W dalszej kolejności Zamawiający jest zobowiązany dokonać oceny oferty Odwołującego, biorąc pod uwagę jej treść pierwotną, tj. przed dokonaniem poprawy.

W przedmiotowym postępowaniu czynność oceny ofert nie została jeszcze dokonana przez Zamawiającego, zatem nie można wykluczyć faktu, że stwierdzone przez Izbę naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp może mieć wpływ na wynik postępowania, co stanowi przesłankę uwzględnienia odwołania, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp. Na obecnym etapie Izba nie jest uprawniona do dokonania oceny oferty Odwołującego przed wykonaniem czynności oceny ofert przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: