

Sygn. akt: KIO/1124/10
KIO/1126/10

WYROK

z dnia 28 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 czerwca 2010 r.** w Warszawie skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2010 r. do łącznego rozpoznania odwołań wniesionych w dniu 7 czerwca 2010 r. przez:

A. Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, 31-215 Kraków, Żabiniec 46,

B. Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Garwolinie, 08-400 Garwolin, ul. Lubelska 50**

przy udziale wykonawców:

Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, które to postępowanie wszczęto w wyniku wniesienia odwołania przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków**

oraz przy udziale wykonawców

a) Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,

b) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, które to postępowanie wszczęto w wyniku wniesienia odwołania przez **Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań.**

orzeka:

1. **oddala odwołanie wniesione przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, 31-215 Kraków, Żabiniec 46**
2. **uwzględnia odwołanie wniesione przez Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
3. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza:
 - 1) wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, 31-215 Kraków, Żabiniec 46,**
 - 2) wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez oraz **Clar System S.A., Ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań,**
 - 3) uzasadnione koszty **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Garwolinie** obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),
 - 4) uzasadnione koszty **Clar System S.A., Ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań** obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).
4. **zasądza koszty obejmujące:**
 - 1) wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, 31-215 Kraków, Żabiniec 46** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Garwolinie,**

- 2) wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Garwolinie** na rzecz **Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Siedlcach.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO/1124/10

KIO/1126/10

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Usługę całodobowego utrzymania czystości wraz z dezynfekcją oraz usługi transportowe i dodatkowe w SP ZOZ Garwolin*”, zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Garwolinie., zwany dalej: „*Zamawiającym*”, w dniu 1 lutego 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. W dniu 4 lutego 2010 r. ukazało się ono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 24-034478).

W dniu 28 maja 2010 r. Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 7 maja 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa odwołania od czynności Zamawiającego podjętych w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pierwszym, które wpłynęło, było odwołanie (1124/10) złożone przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, zwaną dalej Spółdzielnią lub Odwołującym A.

Zgodnie z argumentacją prezentowaną przez Spółdzielnię we wniesionym przez nią odwołaniu Zamawiający dokonał naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez dokonanie czynności oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, z uwagi na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy – Konsorcjum firm: Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis sp. z o.o. we Wrocławiu, zwanego dalej Konsorcjum Impel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Spółdzielnia zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Impel pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel pomimo, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, tj. wykonawca nie przedstawił w ofercie ilości pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia z podziałem na komórki organizacyjne z uwzględnieniem transportu i czynności dodatkowych, czego wymagał Zamawiający w rozdziale II pkt 25 SIWZ oraz nie uwzględnił w kalkulacji kosztów wszystkich kosztów, do których ponoszenia zobowiązany jest wykonawca zgodnie z treścią SIWZ (tj. kosztów zakupu worków do koszy na śmieci -rozdział II pkt 4 SIWZ),
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel pomimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003, Nr 47, poz. 211 ze zm.),
- 4) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, faworyzujące traktowanie Konsorcjum Impel i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo zaistnienia przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosząc wskazane powyżej zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Konsorcjum Impel oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

Uzasadniając podniesione przez siebie zarzuty Odwołujący A wskazywał, iż Zamawiający w rozdziale II pkt 25 SIWZ wymagał od wykonawców przedstawienia w ofercie ilości pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia z podziałem na komórki organizacyjne z uwzględnieniem transportu i czynności dodatkowych. Tymczasem Konsorcjum Impel w złożonej przez siebie ofercie nie przedstawiło wymaganej przez Zamawiającego ilości pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia w poszczególnych komórkach organizacyjnych. Spółdzielnia ustaliła, iż na stronach 67, 68 i 69 oferty w rubryce „Ilość pracowników” Wykonawca ten podał liczby np. 0,3, 0,4, 0,5. Zdaniem Odwołującego A, wykonawca tym samym oświadczył, iż np. usługę w Pracowni Gastroskopii będzie wykonywało 0,4 pracownika. W opinii Spółdzielni liczby ułamkowe nie mogą określać liczby pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia w komórce

organizacyjnej, dlatego też Konsorcjum Impel nie dało Zamawiającemu wiedzy na temat sposobu wykonania usługi objętej zamówieniem.

Ponadto Spółdzielnia zawarła w swym odwołaniu twierdzenie, iż Konsorcjum Impel w przedłożonej wraz z ofertą kalkulacją kosztów nie zawarło wszystkich elementów kosztotwórczych, a mianowicie nie przewidziało kosztu w postaci wydatków na zakup worków do koszy na śmieci. Odwołujący A zwracał uwagę, iż wymóg zapewnienia takich worków w trakcie realizacji zamówienia wynikał z rozdziału II pkt 4 SIWZ („Wszystkie środki potrzebne do utrzymania czystości i dezynfekcji, worki do koszy na śmieci, kostki do WC zakupi Wykonawca”) oraz z odpowiedzi na pyt. nr 1 z dnia 10 marca 2010 roku (Aneks do SIWZ). Zamawiający wskazał szacunkową miesięczną ilość worków na odpady komunalne (worki niebieskie): 60 l. - 10.000 sztuk, 120 l. - 4.000 sztuk. W opinii Spółdzielni zaniechanie wyceny przez Wykonawcę powołanych worków spowodowało to, że będzie on musiał ponosić dodatkowy koszt w postaci wydatków na zakup tychże worków, a zatem zaniżył on cenę ofertową, co w opinii Odwołującego A stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003, Nr 47, poz. 211 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Zaniechanie przez Konsorcjum Impel uwzględnienia w cenie oferty wszystkich kosztów, które będzie musiał ponosić wybrany wykonawca, czyni tę ofertę bardziej konkurencyjną pod względem ceny – ale w sposób nieuczciwy, naruszający dobre obyczaje i przepisy prawa. Takie postępowanie według Spółdzielni zagraża i narusza interesy pozostałych wykonawców. Dlatego też oferta Konsorcjum Impel podlega odrzuceniu, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Drugie odwołanie (1126/10) zostało wniesione przez Clar System S.A., zwaną dalej także Odwołującym B.

Clar System S.A. zarzucił Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, i pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie złożonej przez Odwołującego B oferty z naruszeniem przywołanych przepisów i w konsekwencji dokonał on oceny ofert z pominięciem oferty Odwołującego, która była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący B podnosząc wskazane powyżej zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

W celu uzasadnienia podnoszonych zarzutów Clar System S.A. przedstawiło następującą argumentację.

Zamawiający jako powód odrzucenia oferty złożonej przez Clar System S.A. wskazał, iż niezgodnie z ustawą Pzp zmodyfikowała ona załącznik nr 14 do SIWZ (formularz cenowy) czyn naruszyła określony w ust. 11 SIWZ sposób obliczenia ceny poprzez zastosowanie (do części usług polegających na dezynfekcji powierzchni i wyposażenia) w ofercie błędnej, tj. niezgodnej z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego stawki VAT.

Odwołujący B uzasadniał, zarówno na etapie wyjaśnień treści oferty przed powzięciem przez Zamawiającego decyzji o jej odrzuceniu, jak i w treści odwołania, iż wskazując w ofercie kwestionowany przez Zamawiającego sposób obliczenia podatku VAT działał zgodnie z literą prawa oraz w oparciu o wiążące go interpretacje organów podatkowych. Clar System S.A. na poparcie tych twierdzeń przedstawiła wraz z odwołaniem kopie interpretacji udzielonej przez Ośrodek Interpretacji Standardów Klasyfikacyjnych w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2008 roku sygn. akt OK-5672/KU-1592/2008 oraz dokonanej w imieniu Ministra Finansów interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 03 kwietnia 2009 roku (sygn. akt ILPP2/443-116/09-2/SJ).

Działając w oparciu o powołane interpretacje Clar System S.A. uznała, iż usługi polegające na dezynfekcji powierzchni i wyposażenia powinny zostać zakwalifikowane do usług, które sklasyfikowane są w PKWiU według symbolu 85.14.18 – „usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane”. Tym samym brak jest podstaw dla stosowania jednolitej stawki VAT do usług sprzątnia i do pozostałych usług składających się usługę kompleksowego utrzymania czystości. Odwołujący B, powołując się na ww. interpretacje, twierdził, iż nie należy traktować usługi sprzątnia i dezynfekcji jako jednej usługi podlegającej opodatkowaniu jednolitą stawką podatku VAT, z uwagi na ich zróżnicowany charakter oraz zakres świadczonych czynności. Wskazywał on, iż pojedyncze świadczenie występuje wówczas, gdy jedna lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania co do usługi zasadniczej. Natomiast usługę należy uznać za pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykonania usługi zasadniczej. W związku z powyższym w przedmiotowej sprawie nie można mówić o jednej (kompleksowej) usłudze, na którą składają się wszystkie czynności wykonywane przez zainteresowanego na rzecz zlecającego - szpitala, bowiem mają one odmienny cel i charakter. Dlatego też Odwołujący B będzie zobowiązany do zastosowania 22% stawki podatku dla usług sprzątnia, natomiast zwolnienia od podatku dla Usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałych, gdzie indziej nie sklasyfikowanych (PKWiU 85.14.18-00.00),

w tym do usługi dezynfekcji. Uzasadniał dalej, iż już sama nazwa postępowania wskazuje, iż dezynfekcja obejmuje czynności rodzajowo inne niż utrzymanie czystości które jest identyfikowane zasadniczo ze „sprzątaniem”. Zwrócił on tym samym uwagę na fakt, iż sam Zamawiający uznał, że konieczne jest wymienienie tych usług z osobna, tak by nie było wątpliwości iż przedmiotem zamówienia jest również dezynfekcja.

Clar System S.A., powołując się na orzecznictwo KIO, twierdziła, iż Zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do obliczania ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie ma prawa – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – odrzucić oferty, w której cena została obliczona w inny sposób, niż zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Wskazywała również, iż obowiązkowi Wykonawcy określenia właściwej stawki VAT nie może stać na przeszkodzie narzucona przez Zamawiającego w SIWZ forma wykazania sposobu obliczenia ceny.

Zamawiający w dniu 8 czerwca za pośrednictwem faksu przekazał kopie obydwu odwołań innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ustawowym trzydniowym terminie do postępowania odwoławczego wszczętego w wyniku wniesienia odwołania przez:

- Spółdzielnię – zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Impel,
- Clar System S.A. – zgłosili przystąpienie Konsorcjum Impel oraz Spółdzielnia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania, zaprezentowanych w odwołaniach, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i

z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w brzmieniu nowym – po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie w przypadku obu rozpatrywanych odwołań możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na powyższe ustalenia nie miał wpływu wniosek Konsorcjum Impel zawarty w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wszczętego w wyniku wniesienia odwołania przez Spółdzielnię o odrzucenie tego odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Izba uznała, iż wniosek ten, wobec wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, należy uznać za chybiony. Szczególnie wobec faktu, iż Pan Radosław Maraszek, Prezes zarządu Spółdzielni, oświadczył do protokołu, iż przedłożone wraz z odwołaniem pełnomocnictwo zostało wystawione przez niego, a Konsorcjum Impel nie poparło podnoszonych przez siebie zarzutów na rozprawie.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż w przypadku obydwu Odwołujących wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż każdy z Odwołujących mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba uznała również, iż wobec nie zgłoszenia przez Strony na rozprawie żadnych zastrzeżeń co do zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego, każdy z Wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego uczynił to w ustawowym terminie 3 dni, a zatem w sposób skuteczny.

Działając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp, Izba postawiła wydać łączne orzeczenie w sprawach obu złożonych odwołań.

Mając na względzie powyższe ustalenia Izba ustaliła i zważyła co następuje odnośnie do:

- A. odwołania wniesionego przez Spółdzielnię (1124/10) – odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie,
- B. odwołania wniesionego przez Clar System S.A. (1126/10) – odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. A - odwołanie wniesione przez Spółdzielnię (1124/10)

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a w szczególności: SIWZ, wyjaśnienia jej treści z dnia 10 marca 2010 r., ofertę złożoną przez Konsorcjum Impel, a ponadto treść odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził jak to już była mowa powyżej, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale II SIWZ pkt 4 określił, iż wszystkie środki potrzebne do utrzymania czystości w tym worki do koszy na śmieci zobowiązany jest zakupić wykonawca w ramach świadczonej usługi. Następnie w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, określił w piśmie z 10 marca 2010 r. (odpowiedź na pytanie nr 1) szacunkową miesięczną liczbę worków do koszy na śmieci (na odpady komunalne) – 10 000 sztuk w przypadku worków 60 l oraz 4 000 sztuk w przypadku worków 120 l.

Powyższe zapisy, w zestawieniu z wymogiem określonym w Rozdziale III SIWZ pkt 4.17), doprecyzowanym w odpowiedzi na pytanie jednego z Wykonawców (odpowiedź na pytanie nr 33 z 10 marca 2010 r.), stanowiły w opinii Spółdzielni, podstawę do uznania, że oferta złożona przez Konsorcjum Impel powinna zostać odrzucona, nawet pomimo braku w treści SIWZ wyraźnej instrukcji co do zakresu i sposobu sporządzenia kalkulacji kosztów. W ocenie Izby wnioski te nie znajdują oparcia w przywołanych zapisach SIWZ.

Niezależnie od powyższego Izba zauważa, iż z odpowiedzi na powołane pytanie nr 33 nie wynika w sposób wyraźny obowiązek wyszczególnienia planowanych kosztów związanych z zakupem worków do koszy na śmieci.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego nie mogła znaleźć uznania.

Zgodnie z jednobrzmiącym oświadczeniem Stron oraz uczestników postępowania, cena ofertowa ukształtowana została przez Zamawiającego w SIWZ w sposób

przesądza o jej ryczałtowym charakterze. I jako taka – ryczałtowa – była przez wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia taktowana. W ocenie Izby, w świetle zapisów SIWZ odnoszących się do sposobu obliczenia ceny, jest to prawidłowa ocena charakteru ceny.

Dokonane przez Izbę ustalenie charakteru ceny przesądza o znaczeniu przedstawionej przez Konsorcjum Impel wraz z ofertą kalkulacji kosztów. Z ryczałtowego charakteru ceny wynika bowiem, iż to na Wykonawcy składającym ofertę ciąży ryzyko nie ujęcia w dokonanej przez siebie wycenie przedmiotu zamówienia niektórych z jego elementów, która to wycena jest dla niego podstawą dla określenia ceny ofertowej. Dlatego też Izba wobec ustalenia, iż cena ofertowa jest ceną ryczałtową uznała, iż zarzut odnoszący się do przedstawionej przez Konsorcjum Impel kalkulacji kosztów nie może znaleźć uznania Izby.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego oświadczenia Konsorcjum Impel związanego z osobami mającymi wykonywać oferowaną usługę Izba ustaliła, iż zgodnie z brzmieniem Rozdziału II pkt 25 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia w ofercie ilości pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia z podziałem na komórki organizacyjne. Z powołanym zapisem SIWZ korespondował kształt formularza wykazu osób, który stanowił załącznik nr 15 do SIWZ, w którym trzecia kolumna opisana została hasłem „Liczba pracowników”. Dodatkowo potwierdził to wymaganie w odpowiedzi na pytanie z dnia 10 marca 2010 r. (odpowiedź na pytanie nr 29).

Powołane zapisy SIWZ, w ocenie Izby, przesądza o tym, iż każdy z Wykonawców zobowiązany był uzupełniając powołany załącznik nr 15 do SIWZ w celu załączenia go do oferty dla każdej z pozycji wykazu wskazać liczbę pracowników, tj. osób świadczących usługę w każdej z ujętych w poszczególnych pozycjach lokalizacjach. W ocenie Izby literalne brzmienie powołanych zapisów SIWZ przesądza, o tym, iż obowiązkiem Wykonawcy było wskazanie liczby osób, a nie etatów, na których te osoby będą zatrudnione, jakby chcieli tego Zamawiający i Konsorcjum Impel. Zgodnie z ustaleniami Izby, faktem jest, iż Zamawiający jedynie dodatkowo wymagał, aby Wykonawca uzupełniając formularz Wykazu osób, wskazał również liczbę etatów, na której osoby te będą zatrudnione.

Izba uznała za słuszny argument podniesiony przez Spółdzielnię, iż nawet gdyby przyjąć, że podane przez Konsorcjum Impel liczby odpowiadają liczbie etatów, na których zatrudnione będą osoby świadczące usługę w poszczególnych lokalizacjach, nie możliwy jest do ustalenia, rzeczywista liczba pracowników świadczących tę usługę. A to liczby

pracowników Zamawiający wymagał w sposób wyraźny, dlatego też uznać należy, iż skoro określił taki wymóg w SIWZ, powinien weryfikować złożone oferty pod kątem jego spełnienia.

Z uwagi, na fakt, iż powołany Wykaz osób jest de facto częścią treści oferty, wobec czego na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie istnieją zgodne z prawem możliwości jego uzupełnienie lub poprawienia stwierdzonym w nim błędów.

Dlatego też Izba uznała za słuszny zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Tym samym w ocenie Izby potwierdził się również zarzut niezapewnienia przez Zamawiającego w tym zakresie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Wobec powyższego Izba uznała, iż Zamawiający naruszył tym samym art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. B - odwołanie wniesione przez Clar System S.A. (1126/10)

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a w szczególności: SIWZ, wyjaśnienia jej treści z dnia 10 marca 2010 r., ofertę złożoną przez Clar System S.A., a ponadto treść odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie przed Izba decydującym o podjęciu decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez Clar System S.A. było ustalenie w trakcie procesu badania tej oferty faktu zmiany przez Wykonawcę formularza cenowego. Kształt i treść tegoż formularza określona została w SIWZ. Dokonana zmiana polegała na wprowadzeniu podziału usługi utrzymania czystości wraz z dezynfekcją w strefie białej i szarej na dwie usługi (sprzątania i dezynfekcji) i przypisaniu im różnych stawek podatku VAT. Konsekwencją tak ustalonej przez Zamawiającego wady w konstrukcji oferty, było uznanie przez niego, iż zawiera ona tym samym błąd w obliczeniu ceny, z uwagi na nieprawidłowe wskazanie stawki podatku VAT.

Izba po dokonaniu analizy treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 maja 2010 r. , odwołania wniesionego przez Clar System S.A. wraz załączonymi

do niego dokumentami oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania w trakcie rozprawy przez Izbę, ustaliła, iż decydującym dla rozstrzygnięcia o zasadności podnoszonych przez Odwołującego B zarzutów, jest uzyskanie odpowiedzi na następujące pytania:

- Czy Clar System S.A. miała podstawy prawne do zastosowania dwóch odmiennych stawek podatkowych dla podziału usługi utrzymania czystości wraz z dezynfekcją w strefie białej i szarej?
- Przy założeniu odpowiedzi pozytywnej na pierwsze pytanie, konieczne jest ustalenie – czy Clar System S.A. mogło ingerować w formularz, którego treść i kształt został określony w SIWZ?

Izba po dogłębnej analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego ustaliła, iż odpowiedź na oba powołane powyżej pytania jest pozytywna.

Podstawą dla sformułowania pozytywnej odpowiedzi na pierwsze z postawionych pytań były w ocenie Izby przedstawione wraz z odwołaniem dowody, tj. wyjaśnienia Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2008 r. (pismo znak: OK-5672/KU-1592/2008) oraz interpretacja indywidualna Ministra Finansów wydana przed Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 3 kwietnia 2009 r. (pismo znak: ILPP2/443-116/09-2/SJ). Zarówno wyjaśnienia Urzędu Statystycznego, jak i interpretacja indywidualna Ministra Finansów zostały wydane na wniosek Clar System S.A.

Z pierwszego z pism wynika, że w grupowaniu PKWiU poz. 85.14.18-00.00, tj. „usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane” mieszczą się:

- 1) usługi wspomagające średni personel medyczny w opiece nad pacjentami,
- 2) transport wewnętrzny w ramach szpitala oraz
- 3) wykonywanie pozostałych prac związanych z utrzymaniem czystości i dezynfekcji powierzchni i wyposażenia w pomieszczeniach objętych usługą.

Z interpretacji indywidualnej Ministra Finansów wynika natomiast, że dla usług sprzątnia będzie miała zastosowanie stawka podstawowa podatku VAT, zaś do pozostałych usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego, gdzie indziej niesklasyfikowanych, objętych grupowaniem PKWiU 85.14.18-00.00, będzie miało zastosowanie zwolnienie od podatku. Z opinii tej jednocześnie wynika, że usług sprzątnia i usług dezynfekcji nie można traktować jako kompleksowej usługi, do której będzie miała zastosowanie jednolita – 22% - stawka

podatku VAT, co stało u podstaw twierdzeń formułowanych przez Zamawiającego jak i przystępujących. Usługi te świadczone na rzecz szpitala mają bowiem odmienny cel i charakter. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu, działający w imieniu Ministra Finansów stwierdził, że jednolita stawka VAT będzie miała faktycznie zastosowanie w sytuacji, gdy na rzecz świadczonej kompleksowej usługi przez przedsiębiorcę składają się usługa główna oraz usługi pomocnicze w stosunku do tej usługi. W przypadku jednak kompleksowej usługi sprzątania, w skład której wchodzi: usługi sprzątania sensu stricte oraz inne usługi, takie jak dezynfekcja, nie można mówić o pomocniczym charakterze m.in. usług dezynfekcji. Usługi te bowiem stanowią cel sam w sobie dla klienta, mają odmienny cel i charakter od usług sprzątania (sensu stricte), nie są natomiast środkiem do lepszego wykonania usługi zasadniczej, tj. usługi sprzątania (np. mycie).

Argumentację przedstawioną przez Odwołującego B, a pośrednio przez Dyrektora Izby Skarbowej, w ocenie Izby potwierdzają zapisy SIWZ opracowanej przez Zamawiającego. Słusznie w ocenie Izby podnosi Odwołujący B, iż Zamawiający już w nazwie postępowania wyróżnia usługę dezynfekcji w celu wyraźnego zaznaczenia, iż przedmiot zamówienia obejmuje także tę usługę. Również zapisy załącznika nr 7 do SIWZ określającego zakres usługi utrzymania w czystości i dezynfekcji zdają się potwierdzać argumentację Clar System S.A. Już dwa pierwsze akapity tegoż dokumentu wyraźnie stanowią, iż usługa dezynfekcji ma cel sam w sobie – służy zapobieganiu zakażeniom wewnątrzszpitalnym.

Słusznie zauważa przystępujący (Spółdzielnia), iż organy podatkowe nie są uprawnione do klasyfikowania usług do poszczególnych zakresów PKWiU. Zdaje się jednak nie zauważać, iż Clar System S.A. przedłożyło również wyjaśnienia Urzędu Statystycznego w Łodzi, których treść w ocenie Izby potwierdza jednoznacznie twierdzenia Odwołującego B.

Izba nie uznała również ponoszonego przez przystępującego (Spółdzielnię), twierdzenia, iż z literalnej wykładni zapisów przywołanych wyjaśnień Urzędu Statystycznego w Łodzi wynika, że dezynfekcja nie jest de facto objęta zakresem 85.14.18-00.00 PKWiU. W ocenie Izby, analiza treści zapisu „wykonywanie pozostałych prac związanych z utrzymaniem czystości i dezynfekcji powierzchni i wyposażenia w pomieszczeniach objętych usługą” pozwala stwierdzić, iż obejmuje on „wykonywanie pozostałych prac związanych z utrzymaniem czystości”, a także „wykonywanie dezynfekcji powierzchni i wyposażenia w pomieszczeniach objętych usługą”. Aby twierdzenie przystępującego mogło znaleźć uznanie w ocenie Izby zapis ten powinien brzmieć: „wykonywanie pozostałych prac związanych z utrzymaniem czystości i dezynfekcją powierzchni i wyposażenia

w pomieszczeniach objętych usługą”. Dlatego też Izba uznała powołane twierdzenie za nieuzasadnione.

Uwzględniając powyższe Izba przychyliła się do twierdzeń Odwołującego B, że nie może on ponosić negatywnych konsekwencji w przypadku zastosowania się do indywidualnej interpretacji przepisów podatkowych, o której sporządzenie sam wystąpił. W ocenie Izby stosowanie się do tak uzyskanej interpretacji nie może również wywoływać dla niego negatywnych konsekwencji w postaci konieczności odrzucenia złożonej przez niego oferty.

W kontekście powyższego Izba uznała, argumenty zgłaszane przez Zamawiającego o konieczności zakwalifikowania dezynfekcji do zakresu 74.70.1 PKWiU, za nieuzasadnione. Jednocześnie zauważa, iż powoływane przez niego opinia Urzędu Statystycznego w Łodzi o sygn. OK-5672/KU-881/2009 oraz interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu działającego z upoważnienia Ministra Finansów o sygn. ILPP1/443-836/09-2/NT zostały wydane na wniosek innego niż Odwołujący B podmiotu, dlatego też nie mogły one stać się dla Clar System S.A. źródłem obowiązujących go norm postępowania.

Izba, w świetle zapisów § 24 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznaniu odwołań nie mogła przyjąć przedkładanych przez Zamawiającego kopii powołanych w poprzednim akapicie dokumentów. Przepis ten w sposób wyraźny zobowiązuje Strony oraz uczestników postępowania do przedkładania pism w toku rozprawy w odpisach dla Stron oraz uczestników postępowania. Izba, jako organ powołany do rozpatrywania odwołań, zobowiązana jest stać na straży procedury, a przede wszystkim zapewnić stronom równe traktowanie. Wobec niezapewnienia przez Zamawiającego odpowiedniej ilości egzemplarzy powołanych kopii pism zarówno Odwołujący, jak i obaj Przystępujący pozbawieni zostaliby możliwości zapoznania się z ich treścią oraz możliwości ustosunkowania się do ich zapisów, a tym samym ograniczone zostałyby ich prawo do obrony własnego stanowiska.

Izba uznała za odpowiadające prawdzie twierdzenie, iż zgonie z prawem podatkowym to na wykonawcy ciąży obowiązek i odpowiedzialność za określenie prawidłowej stawki podatku VAT. Obowiązkowi temu nie może stać na przeszkodzie narzucona przez Zamawiającego forma przedstawienia formularza cenowego – kształt zawartej w załączniku nr 14 do SIWZ tabeli nie może mieć żadnego wpływu na zastosowanie odpowiedniej stawki podatku VAT przez Wykonawcę. Zobowiązania podatkowe Wykonawców wynikają bowiem z odpowiednich ustaw, a nie z treści SIWZ skonstruowanej przez Zamawiającego.

Dokonana przez Wykonawcę, a kwestionowana przez Zamawiającego, zmiana formularza cenowego nie zmienia treści oferty. Wykonawca nadal zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem za określoną cenę brutto. Tym samym zmiana formularza cenowego dokonana przez Clar System S.A. nie stanowi w ocenie Izby podstawy do uznania, iż treść złożonej przez tego Wykonawcę oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Izba uznała w tym miejscu za niesłuszne twierdzenie Zamawiającego, iż Wykonawca posiadając interpretację indywidualną na którą się powołuje już przed upływem terminu składania ofert, zobowiązany był do kwestionowania zapisów SIWZ za pomocą środków ochrony prawnej na wcześniejszym etapie postępowania. W ocenie Izby w rozpatrywanym przypadku, z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie narzucił Wykonawcom obowiązkowej stawki podatku VAT, nie zaistniała taka konieczność. Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale III pkt 11.2) wskazał jedynie, iż Wykonawca składając ofertę zobowiązany jest powiększyć cenę netto o należy podatek VAT. Z powołanego zapisu jednoznacznie, w ocenie Izby, wynika, iż w świetle regulacji SIWZ oraz powyższych argumentów, to na Wykonawcy ciążył obowiązek i ryzyko określenia stawki należnego podatku VAT. Dlatego też Izba uznała powołane twierdzenie Zamawiającego za niesłuszne i nieuzasadnione.

Nieuprawnionym w ocenie Izby jest również twierdzenie, iż wobec zmiany formularza cenowego przez Clar System S.A., Zamawiający został pozbawiony możliwości porównania złożonych w postępowaniu ofert. Istotnym w ocenie Izby jest fakt, iż ocenie Zamawiającego podlega jedynie cena brutto oferty, a tym samym to ona decyduje o ostatecznej kwalifikacji złożonych ofert. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący B cenę brutto zarówno w ofercie, jak i stanowiącym załącznik do niej formularzu cenowym, określił w sposób jednoznaczny i jednobrzmiący, w ocenie Izby nie istnieją powody uniemożliwiające porównanie tak określonej ceny z cenami innych ofert.

Także twierdzenie Zamawiającego, iż dokonany przez Odwołującego B w formularzu cenowym podział kwotowy na elementy usługi objęte stawką 22 % i objęte zwolnieniem od podatku, nie jest poparty żadnymi wyliczeniami przedstawionymi wraz z ofertą, Izba uznała za nieuprawnione. Jak wskazano to powyżej Izba ustaliła, iż cena ofertowa jest ceną ryczałtową. Biorąc to pod uwagę, jak również fakt, iż żaden zapis SIWZ nie zobowiązywał Wykonawcy do przedstawienia odpowiednich wyliczeń, Izba uznała, iż Clar System S.A. nie miało obowiązku potwierdzania w jakikolwiek sposób prawidłowości dokonania powołanego podziału kwotowego.

Dokonane w niniejszej sprawie ustalenia zgodne są z utrwaloną linią orzecniczą Izby (KIO/UZP 1225/09, 1276/09, 1277/09, KIO/UZP 971/09, KIO/UZP 987/09), która znalazła uznanie w orzecznictwie Sądów Okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 grudnia 2009 r. – sygn. akt X Ga 458/09).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę złożoną przez Clar System S.A., tym samym naruszył swym działaniem przepisy art. 89 ust. 1 pkt 1), 2) i 6) ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu wniesionym przez Clar System S.A., które miało wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając stwierdzone powyżej naruszenia przez Zamawiającego przepisów podnoszone w obu odwołaniach, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie uwzględniła odwołania wniesionego przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie. Zgodnie z powołanym przepisem Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W rozpatrywanym przypadku, z uwagi na uwzględnienie odwołania wniesionego przez Clar System S.A., Izba uznała, iż wobec faktu, że jedynym kryterium oceny ofert była cena, uwzględnienie zarzutów odnoszących się do innych, droższych niż oferta złożona Clar System S.A., ofert nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 oraz § 5 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 oraz § 6 rozporządzenia 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....