

Sygn. akt: KIO 257/14

Sygn. akt: KIO 263/14

WYROK

z dnia 28 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- A. w dniu 12 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **DERŚLAW Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu**, (2) **DGP Clean Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy**, (3) **DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy**, (4) **Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy**
- B. w dniu 13 lutego 2014 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, (2) **Hospital Servis „Company” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy** przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) **Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, (2) **Hospital Servis „Company” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej we Wrocławiu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 257/14 po stronie zamawiającego

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, (2) IZAN+ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, (3) Naprzód Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 257/14 oraz KIO 263/14 po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) DERSŁAW Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu, (2) DGP Clean Partner Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (3) DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (4) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 263/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) DERSŁAW Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu, (2) DGP Clean Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (3) DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (4) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, (2) Hospital Servis „Company” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową we Wrocławiu**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) DERSŁAW Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu, (2) DGP Clean Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (3) DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (4) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy (15 000 zł 00 gr)** i wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, (2) Hospital Servis „Company” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową we Wrocławiu (15 000 zł 00 gr)** tytułem wpisów od odwołań.

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**(1) DERSŁAW Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu, (2) DGP Clean Partner Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (3) DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (4) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Legnicy** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, (2) Hospital Servis „Company” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej we Wrocławiu** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Legnicy** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

.....

Sygn. akt: KIO 257/14

KIO 263/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości oraz innych usług dla wojewódzkiego szpitala specjalistycznego w Legnicy.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Sygn. akt: KIO 257/14

W dniu 12 lutego 2014 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) DERSŁAW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu, (2) DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (3) DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (4) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy – dalej: odwołujący – wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty wybranego wykonawcy - Konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, IZAN+ Sp. z o. o. w Krakowie, Naprzód Sp. z o. o. w Krakowie, wobec czynności naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz wobec czynności wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości oraz innych usług dla wojewódzkiego szpitala specjalistycznego w Legnicy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, w związku z art. 43 ust. 1 pkt. 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm. dalej ustawa o VAT) 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 - Konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, IZAN+ Sp. z o.o., w Krakowie, Naprzód Sp. z o. o. w Krakowie,

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SI Naprzód pomimo, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnieśli o:

1) nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty wykonawcy SI Naprzód,

2) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy SI Naprzód na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 6 ustawy Pzp,

3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 03 lutego 2014 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SI Naprzód. Odwołujący nie mogąc zgodzić się z takim rozstrzygnięciem postępowania przez zamawiającego podkreślił, że:

Oferta wybranego wykonawcy: SI Naprzód, powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 6 ustawy Pzp w związku z ustawą o VAT oraz ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z formularzem ofertowym wybrany wykonawca zaproponował wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia w zakresie „współpracy (współdziałania) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami” za 1 miesiąc za cenę 264 000 zł netto, przy jednoczesnym zastosowaniu zwolnienia od podatku VAT. W ocenie odwołującego złożenie oferty przez wykonawcę SI Naprzód, z ceną, która zawiera zwolnienie od podatku VAT w powyższym zakresie, przesądza że oferta ta powinna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, jako że zawiera błąd w obliczeniu ceny nie podlegający poprawieniu oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dla podkreślenia, jak zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT, wpłynęło na kalkulację ceny oferty, odwołujący wskazał, że w złożonej przez siebie ofercie, zaproponował wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia w zakresie „współpracy (współdziałania) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami” za 1 miesiąc za cenę 331 044,44 zł netto miesięcznie. Wykonawca w części A.4. druku oferty zastosował dwie stawki

podatku VAT tj. 23% oraz zw. Wykonawca zobligowany był w stosunku do czynności: „pomoc przy zmianie bielizny pościelowej po wypisie, przeniesieniu na inny oddział” zastosować stawkę podstawową VAT w wysokości 23%. W stosunku do pozostałych czynności stanowiących czynności pomocnicze przy pacjentach wykonawca zastosował zwolnienie od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt. 18a ustawy o podatku VAT, jako usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia świadczone na rzecz zakładów opieki zdrowotnej na ich terenie. Odwołujący przy kalkulacji ceny oferty opierali się na posiadanej interpretacji indywidualnej wydanej przez Izbę Skarbową, potwierdzającą prawidłowość powyższego stanowiska. Odwołujący podkreślili, że z uwagi na fakt, iż w jednej pozycji formularza ofertowego należało wycenić czynności pomocnicze przy pacjencie oraz czynności związane z pacjentem, ale niepodlegające zwolnieniu należało zastosować dwie stawki podatku VAT. Nie wszystkie czynności podlegające wycenie w tej pozycji formularza uprawniały wykonawcę do zastosowania zwolnienia z VAT, dlatego też należało w stosunku do nich zastosować podstawową stawkę w wysokości 23% VAT. Odnosząc się do zagadnienia nieuczciwej konkurencji, odwołujący wskazali, że w jego opinii mimo tego, iż działanie wykonawcy SI Naprzód, nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to uzasadniona jest ich ocena w świetle unormowań art. 3 ust. 1 tej ustawy, określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 ww. ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem odwołującego, okolicznością przesądzającą o naganności postępowania Wykonawcy SI Naprzód w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali cenę realizacji zamówienia, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy SI Naprzód, utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. W ocenie odwołujących działanie wykonawcy SI Naprzód, wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podnieśli, że w brzmieniu obowiązującym od 2011 roku w art. 43 ust. 1 pkt 18a - 20 ustawy o VAT określono, jakie usługi związane z ochroną zdrowia korzystają ze zwolnienia z VAT. I tak stosownie do treści art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT, zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu,

przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza. W 2011 r. ustawodawca przy określaniu zakresu usług zwolnionych z odstąpił od identyfikowania tych usług za pomocą klasyfikacji statystycznych. Ministerstwo Finansów podkreśla natomiast, że dla stwierdzenia, czy dana usługa medyczna jest zwolniona z VAT, każdorazowo konieczna jest ocena, czy celem tej usługi jest profilaktyka, zachowanie, ratowanie, przywracanie lub poprawa zdrowia. Powyższe zwolnienie odnosi się więc do usług w zakresie opieki medycznej oraz dostawy towarów i usług świadczonych przez podmioty lecznicze ściśle z tymi usługami związanych oraz świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza (pkt 18a). Powyższe przepisy stanowią implementację do polskiego porządku prawnego art. 132 Dyrektywy 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L 347).

Zgodnie zaś z ugruntowanym stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości UE, zwolnienia zawarte w art. 132 Dyrektywy 2006/112/WE Rady stanowią autonomiczne pojęcia prawa wspólnotowego i mają na celu uniknięcie rozbieżności w stosowaniu systemu VAT w poszczególnych państwach członkowskich. Oznacza to, że zakres przedmiotowy tych zwolnień powinien być taki sam we wszystkich krajach członkowskich, zatem przy jego definiowaniu nie jest zasadne odwoływanie się wyłącznie do ustawodawstwa krajowego, ponieważ takie działania mogłyby prowadzić do rozbieżności w stosowaniu zwolnień w poszczególnych państwach UE. Orzecznictwo Trybunału wskazuje, że pojęcia dotyczące zwolnień należy interpretować w sposób ścisły, ponieważ zwolnienia te stanowią odstępstwa od ogólnej zasady, zgodnie z którą podatkiem VAT objęta jest każda usługa świadczona odpłatnie przez podatnika. Jeśli chodzi w szczególności o zwolnienie przewidziane w art. 132 Dyrektywy, to z orzecznictwa wynika, że pojęcie „opieka medyczna” dotyczy świadczeń medycznych, które służą diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Cel usługi medycznej określa, czy powinna ona korzystać ze zwolnienia; jeżeli z kontekstu wynika, że jej głównym celem nie jest ochrona, utrzymanie bądź przywrócenie zdrowia, lecz inny cel, to wówczas zwolnienie nie będzie miało zastosowania. Innymi słowy, aby podlegać zwolnieniu świadczenie powinno mieć cel terapeutyczny, tym samym liczy się nie charakter usługi, ale jej cel. Ponadto z orzecznictwa Trybunału wynika, iż pojęcia „opieka medyczna” i „działalność ściśle związana z opieką szpitalną i medyczną (leczeniem szpitalnym i medycznym)”, należy interpretować w ten sam sposób w obu przypadkach, ponieważ oba te przepisy mają na celu uregulowanie ogółu zwolnień z

opodatkowania świadczeń medycznych w ścisłym znaczeniu: które służą diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Świadczenie może być uznane za pomocnicze względem świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi celu samego w sobie, lecz środek służący jak najlepszemu skorzystaniu ze świadczenia głównego usługodawcy. W odniesieniu do świadczeń medycznych Trybunał stwierdził, że zważywszy na cel zwolnienia przewidzianego w art. 13 część A ust. 1 lit. b) Szóstej Dyrektywy, jedynie świadczenie usług, które logicznie wpisują się w ramy dostarczania usług opieki szpitalnej i medycznej i które w procesie świadczenia tych usług stanowią etap niezbędny, aby osiągnąć cele terapeutyczne, którym te ostatnie służą, mogą stanowić „działalność ściśle (...) związaną” w rozumieniu tego przepisu. Transport wewnątrzszpitalny jest usługą wchodzącą w skład usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego. Zakwalifikowanie więc usługi transportu wewnątrzszpitalnego oraz pozostałych usług w zakresie czynności pomocniczych i transportowych pacjenta, do usługi kompleksowej w zakresie opieki medycznej (ochrony zdrowia ludzkiego) jest z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia uzasadnione i nie powinno być sztucznie dzielone. Powyższe stanowisko podziela Sąd Najwyższy oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

W ocenie odwołujących oferta SI Naprzód została przygotowana niezgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi. Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia br. wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, SI Naprzód do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w kwestii dokonanej przez SI Naprzód, wyceny wartości usługi wchodzącej w skład przedmiotu zamówienia, a wyszczególnionej w druku ofertowym w pkt. I.A.4. tj. „współpraca (współdziałanie) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami”. Zamawiający, wymagał aby wyjaśnienia w powyższych sprawach nadesłać do dnia 17.01.2014 r. za pośrednictwem faksu oraz pocztą do dnia 20.01.2014 r. na adres zamawiającego. SI Naprzód odpowiadając na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w dniu 18 stycznia, a więc po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, udzielił następującej odpowiedzi: „Pozycja A4 wykazana w formularzu ofertowym wykonawcy obejmuje wszystkie usługi współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem, co zostało opisane przez zamawiającego w treści SIWZ”. W związku z lakonicznym wyjaśnieniem, SI Naprzód tzn. powołaniem się na treść SIWZ, bez wskazania i odniesienia się wprost do jej poszczególnych elementów, zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ponowił prośbę dotyczącą udzielenia pełnych wyjaśnień - jaki zakres usług opisanych przez zamawiającego w SIWZ został wyceniony w druku ofertowym w pkt. I.A.4. tj. „współpraca (współdziałanie) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami.” SI Naprzód, w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 23

stycznia 2014 roku, ponownie udzielił bardzo lakonicznej odpowiedzi, zgodnie z którą wskazane przez Wykonawcę SI Naprzód czynności w formularzu ofertowym w pozycji A4, tj. „współpraca (współdziałanie) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami”, obejmują, tak jak zostało to już wyjaśnione w piśmie SI Naprzód z dnia 16 stycznia 2014 roku - wszystkie usługi współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem, które zostały opisane przez zamawiającego w treści SIWZ. Przykładowo do czynności tych należą: pomoc pielęgniarkom w przenoszeniu pacjentów oraz w odpowiednim ułożeniu pacjenta w łóżku, pomoc pielęgniarkom w czynnościach wykonywanych przy pacjentach pobudzonym i agresywnym, czy pomoc pielęgniarkom przy pacjentach w zakresie przemieszczania się oraz pomoc w czynnościach pielęgnacyjnych wykonywanych przy pacjencie. Zgodnie z oceną wykonawcy SI Naprzód, zakres tych czynności jest bardzo szeroki i nie ma konieczności powielania ich w sytuacji, gdy zostały one wskazane przez samego Zamawiającego w treści SIWZ.

Odwołujący, wskazuje, że wyjaśnienia służyć mają rozwianiu wątpliwości zamawiającego, które wynikają zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączanych do oferty, jak i z samej treści oferty. W ocenie odwołującego, uprawnienie zamawiającego, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Brak udzielenia odpowiedzi na zapytanie, złożone w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, nie jest co prawda obwarowane negatywnymi skutkami dla wykonawcy, z tym jednak zastrzeżeniem, iż bez wyjaśnień zamawiający powinien dokonać oceny oferty w takim kształcie, w jakim została złożona i zgodnie z rozumieniem jej treści przyjętym przez Zamawiającego i jego poglądem prawnym (KIO 510/11). W ocenie odwołujących, wyjaśnienia pozwalają zamawiającemu upewnić się co do słuszności swojej decyzji, umożliwiają wykonawcy przedstawienie swojego stanowiska, oraz usprawniają procedurę przetargową. W ocenie odwołujących, przyjęcie przez zamawiającego dwukrotnie złożonych przez SI Naprzód, w przedmiotowym postępowaniu lakonicznych wyjaśnień pozostaje w kolizji z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Wyjaśnienia wykonawcy SI Naprzód były niewystarczające i w żaden sposób nie mogły rozwiązać wątpliwości względem oferty wykonawcy SI Naprzód, co powinno w ostateczności skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 6 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślili, 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 Pzp, jak i też w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.

W ocenie odwołujących oferta wybranego wykonawcy: SI Naprzód, powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołujących, usługi współpracy (współdziałania) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami, wymienione zostały przez zamawiającego w załączniku nr 1 do umowy nr/DZ/14 w punkcie VI. SZCZEGÓŁOWE OBOWIĄZKI DOTYCZĄCE ŚWIADCZENIA USŁUG W OBIEKTACH, w sposób wyczerpujący.

Odwołujący zauważyli, że w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, mają one charakter marginalny. Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonał wyboru oferty wykonawcy SI Naprzód błędnie uznając iż jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Zamawiający wezwał wykonawcę SI Naprzód do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen wskazanych w następujących punktach druku ofertowego: A.1. tj. „za usługę utrzymania czystości w obiektach zamawiającego” A.2. tj. „za usługę utrzymania czystości terenów zewnętrznych zamawiającego” A.3. tj. „za pozostałe usługi stanowiące przedmiot zamówienia”. Zamawiający w wezwaniu kierowanym do wykonawcy SI Naprzód, wskazał iż z zapisów SIWZ jednoznacznie wynika, że głównym przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania czystości w obiektach zamawiającego, utrzymania czystości terenów zewnętrznych oraz pozostałe usługi nie ujęte w powyżej wymienionych. Zamawiający wskazał, że w złożonej przez wykonawcę SI Naprzód ofercie cenowej głównym przedmiotem są usługi określane, jako współpraca (współdziałanie) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami, gdyż wartość tych usług stanowi około 81 % wartości złożonej oferty. Ponadto usługi te we wcześniejszej części odwołania, zostały objęte stawką VAT zwolniony. Wykonawca SI Naprzód, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, udzielił bardzo ogólnikowych wyjaśnień, nie wskazując jakie obiektywne czynniki mogły mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty przez tego wykonawcę.

Sygn. akt: KIO 263/14

W dniu 13 lutego 2014 r.: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, (2) Hospital Servis „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową we Wrocławiu, wnieśli odwołanie od czynności zamawiającemu zarzucając mu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i niewykluczenie z postępowania wykonawcy: Konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, IZAN + Sp. z o. o., z siedzibą w Krakowie oraz Naprzód Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (dalej: konsorcjum Naprzód), mimo iż ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu; ewentualnie

3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum Naprzód, do złożenia dokumentów, o których mowa art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, mimo że ww. wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;

4) § 3 ust 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez wybór oferty nie zawierającej wymaganego zaświadczenia,

5) z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez wadliwe odrzucenie oferty odwołujących;

6) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

7) art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie wskazanie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołujących,

8) art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. li. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.) poprzez wadliwą jego wykładnię

9) art. 44 ust 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zmianami) poprzez wydatkowanie środków publicznych w sposób niezgodny z ustawą prawo zamówień publicznych i w efekcie w sposób zaprzeczający zasadzie legitymizmu.

Odwołujący wnieśli w zakresie zadania nr 1 o:

1) uchylenie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Naprzód;

2) uchylenie czynności odrzucenia oferty odwołujących,

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

4) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy: Konsorcjum Naprzód, gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu;

5) nakazanie zamawiającemu wyбору, jako najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę niewykluczonego z udziału w postępowaniu tj. oferty odwołującego;

W uzasadnieniu odwołujący podnieśli, iż w dniu 2 lutego 2014 r.; na podstawie przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia, powzięli informację, że za najkorzystniejszą w postępowaniu w zadaniu nr I uznano ofertę złożoną przez Konsorcjum Napród i że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, rzekomo zawierając błąd w obliczeniu ceny.. W ocenie odwołujących, działania zamawiającego są nieprawidłowe. Uzasadniając odrzucenie oferty odwołujących, zamawiający podał, iż nie wszystkie nie wszystkie czynności związane ze współpracą z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami mieszczą się wśród usług podlegających zwolnieniu w zakresie podatku VAT. Zamawiający nie wskazał, które z czynności wykazanych w- wyjaśnieniach odwołujących z dnia 17.01 br, są zdaniem zamawiającego błędnie zakwalifikowane. Zaznaczył jedynie enigmatycznie, iż niektóre ze wskazanych przez Konsorcjum czynności zdaniem Zamawiającego (nie wiadomo ile i które), nie kwalifikują się do zastosowania zwolnienia. I dalej, powołując się na bliżej niesprecyzowane interpretacje indywidualne Ministra Finansów, zamawiający podjął wywód o celu zwolnienia. Tym samym rozstrzygnięcie zamawiającego nie daje szans na merytoryczną polemikę, jako że jedynie zamawiającemu znane są zarzuty jakie postawił wobec oferty odwołujących. W niniejszej sprawie bezsporne jest, iż wszyscy z wykonawców, którzy złożyli oferty, zastosowali w odniesieniu do części usług stawkę podatku VAT „zw”. Jednakże tylko w odniesieniu do oferty odwołującego zamawiający uznał takie postępowanie za wadliwe. Rodzi to uzasadnione podejrzenie, iż doszło do nierównego traktowania wykonawców. Zamawiający nie zadał sobie trudu, aby wyjaśnić podstawy prawne jakie spowodowały, iż odwołujący w swojej ofercie zastosował stawkę "zw". Nie zapytał nawet odwołujących czy posiadają indywidualną interpretację Ministra Finansów, uzasadniającą ich stanowisko - skoro jak wynika z decyzji zamawiającego jakimiś innymi decyzjami tegoż organu się kierował podejmując swoją decyzję. Zamawiający nie wziął pod uwagę, iż odwołujący składali swoją ofertę w konsorcjum, gdzie jeden z uczestników jest niepublicznym zakładem opieki zdrowotnej, dla którego usług podstawową stawką podatku VAT jest stawka „zw”. Brak wskazania w rozstrzygnięciu, które z czynności objętych zwolnieniem zamawiający kwestionuje, nie pozwala na bardziej szczegółową polemikę z zamawiającym. Odwołujący wskazali, że 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 2011 r. zmienił się stan prawny w zakresie dopuszczalności stosowania przez

podatników zwolnienia z podatku VAT. Dotychczasowe (tj. obowiązujące do dnia 31.12.2010 r.) 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 wypracował 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”. Dla 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. Odwołujący stwierdzili, 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.).

W odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum Naprzód odwołujący wskazali, iż na stronie 73 oferty wykonawca ten złożył zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu Naprzód Sp, z o. o. z datą 29.04.2013 r. Wobec faktu, iż składanie ofert miało miejsce w dniu 9 stycznia 2014 r., stwierdzić należy, iż na dzień złożenia ofert zaświadczenie to było nieważne. W toku badania ofert zamawiający nie wezwał Konsorcjum Naprzód do uzupełnienia tego dokumentu. Tym samym wybór oferty Konsorcjum Naprzód jest błędny, gdyż zamawiający jest zobowiązany do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu lub gdy ma zastosowanie dyspozycja art. 26 ust 3 ustawy Pzp zdanie ostatnie.

Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia wyniosła 12.837.381,55 zł

W formularzu ofertowym zamawiający podzielił przedmiot zamówienia w sposób następujący:

A.1.za usługę utrzymania czystości w obiektach Zamawiającego.....
..... zł netto* przy stawce VAT.....%

A.2. za usługę utrzymania czystości terenów zewnętrznych Zamawiającego
..... zł netto** przy stawce VAT.....%

A.3. za pozostałe usługi stanowiące przedmiot zamówienia
zł netto z wyłączeniem usług, o których mowa w pkt A.1., A.2. i A.4., przy stawce VAT.....%

A.4. współpraca (współdziałanie) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami zł netto, przy stawce..... VAT.

W postępowaniu złożono 3 oferty:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, (2) IZAN+ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, (3) Naprzód Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie z ceną 11.696.830,56 zł brutto
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:(1) DERSŁAW Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu, (2) DGP Clean Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (3) DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (4) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy z ceną 12.639.486,24 zł brutto
- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, (2) Hospital Servis „Company” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową we Wrocławiu z ceną: 11.915.982,72 zł brutto

Konsorcjum Naprzód na stronie 73 oferty złożyło zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu Naprzód Sp, z o. o. z datą 29.04.2013 r. Składanie ofert miało miejsce

w dniu 9 stycznia 2014 r. W toku badania ofert zamawiający nie wezwał Konsorcjum Naprzód do uzupełnienia tego dokumentu.

Po wniesieniu odwołania Konsorcjum uzupełniło złożony dokument.

Pismem z dnia 15 stycznia 2014 roku zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, (2) IZAN+ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, (3) Naprzód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w kwestii dokonanej przez wykonawcę wyceny wartości usługi wchodzącej w skład przedmiotu zamówienia, a wyszczególnionej w druku ofertowym w pkt 1.A.4, tj. „współpraca (współdziałanie) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami”. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, jaki zakres usług opisanych przez zamawiającego w SIWZ został objęty ceną określoną w przedmiotowej części druku ofertowego.

W tym samym piśmie zamawiający wezwał wykonawców – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen wskazanych w następujących punktach druku ofertowego:

- a) 1.A.1, tj. za usługę utrzymania czystości w obiektach zamawiającego,
- b) 1.A.2, tj. za usługę utrzymania czystości terenów zewnętrznych zamawiającego,
- c) 1.A.3, tj. za pozostałe usługi stanowiące przedmiot zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż z zapisów siwz jednoznacznie wynika, że głównym przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych oraz pozostałe usługi nie ujęte w powyżej wymienionych. Przygotowana oferta cenowa wskazuje, iż głównym przedmiotem są usługi określane jako współpraca (współdziałanie) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami, gdyż ich wartość stanowi około 81% wartości złożonej oferty.

W odpowiedzi z dnia 16 stycznia 2014 roku wykonawca wyjaśnił, że pozycja A4 wskazana w formularzu ofertowym wykonawcy obejmuje wszystkie usługi współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem, co zostało opisane przez zamawiającego w treści SIWZ.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 przedstawił zestawienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazanych w punktach A1, A2 oraz A3 druku ofertowego.

W dniu 23 stycznia 2014 roku zamawiający wystosował do wykonawcy pismo o treści: „W związku z Państwa pismem z dnia 16-01.2014 r. i lakonicznym wyjaśnieniem, tzn. powołaniem się na siwz bez wskazania i odniesienia się wprost do jej poszczególnych elementów Wojewódzkich Szpital Specjalistyczny w Legnicy – działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ponawia prośbę dotyczącą pełnych wyjaśnień – jaki zakres usług opisanych przez Zamawiającego w siwz został wyceniony w druku ofertowym w pkt. 1.A.4, tj. współpraca (współdziałanie z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami”.

Pismem z dnia 27 stycznia 2014 roku konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, „Izan+” Sp. z o.o. oraz Naprzód Sp. z o.o. wyjaśnił, że wskazane przez wykonawcę czynności w formularzu ofertowym w pozycji A4, tj. „współpraca (współdziałanie) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami” obejmują – tak jak to zostało już wyjaśnione w piśmie wykonawcy z dnia 16 stycznia 2014 roku – wszystkie usługi współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem, które zostały przez zamawiającego opisane w treści SIWZ. Przykładowo do tych czynności należą: pomoc pielęgniarkom w przenoszeniu pacjentów oraz w odpowiednim ułożeniu pacjenta w łóżku, pomoc pielęgniarkom w czynnościach wykonywanych przy pacjencie pobudzonym i agresywnym czy pomoc pielęgniarkom przy pacjentach w zakresie przemieszczania się oraz pomoc w czynnościach pielęgnacyjnych wykonywanych przy pacjencie.

Wykonawca podkreślił, że zakres tych czynności jest bardzo szeroki i nie ma konieczności powielania ich przez wykonawcę w sytuacji, gdy zostały one wskazane przez samego zamawiającego w treści SIWZ.

Pismem z dnia 15 stycznia 2014 roku zamawiający wezwał konsorcjum z Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu jako liderem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w kwestii dokonanej przez konsorcjum wyceny wartości usługi wchodzącej w skład przedmiotu zamówienia, a wyszczególnionej w druku ofertowym w pkt. 1.A.4, tj. współpraca (współdziałanie) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, jaki zakres usług opisanych przez zamawiającego w SIWZ został objęty ceną określoną w przedmiotowej części druku ofertowego.

W odpowiedzi konsorcjum złożyło szczegółowy wykaz usług w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Pismem z dnia 3 lutego 2014 roku zamawiający poinformował, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, (2) IZAN+ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, (3) Naprzód Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie.

Jednocześnie poinformował, że odrzuca ofertę Impel Cleaning z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca wezwany do wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie wskazania zakresu objętego zwolnieniem z opłaty podatku VAT – „współpracy (współdziałaniu) z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami” wskazał, iż w przedmiotowym zakresie mieszczą się czynności wskazane w Załączniku nr 1 do umowy nr/DZ/14 (stanowiącym integralną część SIWZ), m.in. czynności opisane w punkcie VI SIWZ podpunkty 13, 21, 22, 23, 39 oraz inne wymienione w Załączniku G do umowy nr .../14 – wymienione w treści nadesłanych wyjaśnień. Pośród wymienionych przez wykonawcę katalogu czynności zwolnionych od podatku VAT znajdują się te, które nie są objęte zwolnieniem od podatku VAT. W ocenie zamawiającego (opartej na interpretacjach indywidualnych wydanych przez Ministra Finansów) jednoznacznie wynika, iż dla zastosowania zwolnienia od podatku VAT istotny jest cel wykonywanych świadczeń. Ze zwolnienia korzystają te czynności, które mają charakter diagnostyczny lub terapeutyczny (lecniczy) bądź są ściśle związane z czynnościami o takim charakterze. Świadczenie, które nie służy profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia i nie jest z nim ściśle związane nie może być objęte zwolnieniem podatkowym, a za takie niewątpliwie należy uznać niektóre ze wskazanych przez wykonawcę czynności, w tym powyżej wskazanych – wymienione przez niego jako czynności korzystające ze zwolnienia.

Izba zważyła, co następuje:

Oba odwołania nie podlegają uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że obydwaj odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:(1) DERSŁAW Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu, (2) DGP Clean Partner Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, (3) DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy,

(4) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy Izba stwierdziła, co następuje:

Izba uznała za bezpodstawny zarzut art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, w związku z art. 43 ust. 1 pkt. 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm. dalej ustawa o VAT) 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 - Konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, IZAN+ Sp. z o.o., w Krakowie, Naprzód Sp. z o. o. w Krakowie.

Izba zgadza się z odwołującymi, iż usługi polegające na zdejmowaniu bielizny pościelowej, myciu i dezynfekcji łóżka po wypisie pacjenta, przygotowaniu łóżka dla pacjenta, dezynfekcji, myciu i zmiany bielizny pościelowej nie są zwolnione z podatku VAT. Wynika to z faktu, iż przedmiotowe usługi nie są usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, ani też ściśle z tymi usługami związane. Jak wskazał Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi w interpretacji indywidualnej z dnia 19 stycznia 2012 roku dla zastosowania zwolnienia od podatku VAT istotny jest cel wykonywanych świadczeń. Ze zwolnienia generalnie korzystają tylko te czynności, które mają charakter diagnostyczny lub terapeutyczny (lecniczy). Jeśli chodzi zaś o pojęcie działalności „ściśle związanej” z „opieką szpitalną i medyczną” to nie obejmuje ono świadczeń, które nie przedstawiają żadnego związku z opieką szpitalną nad odbiorcami tych świadczeń ani z opieką medyczną świadczoną ewentualnie na ich rzecz. Dyrektor Izby Skarbowej wskazał na szereg czynności związanych bezpośrednio z opieką nad pacjentem, które korzystają ze zwolnienia z VAT oraz czynności, które takiemu zwolnieniu nie podlegają, w tym: zdejmowanie bielizny pościelowej, mycie i dezynfekcja łóżka po wypisie pacjenta, przygotowanie łóżka dla pacjenta (dezynfekcja, mycie, zmiana bielizny pościelowej).

Niemniej jednak konsorcjum ze Spółdzielnią Inwalidów Naprzód w Krakowie jako liderem nie wskazało jako zwolnione z VAT usług nie służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Konsorcjum w pismach z dnia 16 i 27 stycznia 2014 roku wskazało, że w formularzu ofertowym w pozycji A4 zostały wyszczególnione wszystkie usługi współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem. Wykonawca podał przykładowe czynności, to jest: pomoc pielęgniarkom przy przenoszeniu pacjentów oraz w odpowiednim ułożeniu pacjenta na łóżku, pomoc pielęgniarkom w czynnościach wykonywanych przy pacjentach pobudzonych i agresywnych, pomoc

pielęgniarkom przy pacjentach w zakresie przemieszczania się oraz pomoc w czynnościach pielęgnacyjnych wykonywanych przy pacjencie.

Podany przez wykonawcę przykładowy katalog czynności nie zawiera ani jednej czynności, która nie dotyczyłaby opieki nad pacjentem. Brak jest zatem podstaw do tego, by oświadczenie wykonawcy interpretować rozszerzająco i stawiać tezę, iż wykonawca pojęciem „współpraca z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem” objął również wszystkie usługi współdziałania z personelem medycznym. Taka argumentacja jest nieuprawniona i nie wynika z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu, w tym w szczególności z oferty konsorcjum oraz składanych przez niego wyjaśnień.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SI Naprzód pomimo, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

W rozpoznawanym przypadku ceny złożonych ofert nie odbiegały od siebie w sposób rażący i wynosiły: 11.696.830,56 zł brutto (cena w ofercie najkorzystniejszej), 12.639.486,24 zł brutto oraz 11.915.982,72 zł brutto. Szacunkowa wartość zamówienia wyniosła 12.837.381,55 zł. Zdaniem Izby jest to podstawą do przyjęcia, iż zaoferowana przez konsorcjum SI Naprzód cena nie jest rażąco niska i zamawiający nie był w ogóle obowiązany

do prowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ustawy Pzp. Dlatego też Izba nie uznała za konieczne analizowanie wyjaśnień złożonych przez konsorcjum. Ponadto należy podkreślić, że odwołujący nie przedstawili żadnych dowodów na poparcie stawianego zarzutu poprzestając na ogólnych sformułowaniach, które nic nie wnoszą do sprawy.

Odnosząc się do odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, (2) Hospital Servis „Company” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową we Wrocławiu, Izba stwierdziła, co następuje:

Izba co do zasady uznała za potwierdzony zarzut naruszenia:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez wadliwe odrzucenie oferty odwołujących;
- art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. li. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.) poprzez wadliwą jego wykładnię.

Zamawiający w piśmie z dnia 3 lutego 2014 roku, informującym o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołujących wskazał, iż oferta odwołujących zawiera błąd w obliczeniu ceny, ponieważ odwołujący wskazali jako czynności zwolnione z podatku VAT te, które w istocie zwolnione nie są. W ocenie zamawiającego (opartej na interpretacjach indywidualnych wydanych przez Ministra Finansów) jednoznacznie wynika, iż dla zastosowania zwolnienia od podatku VAT istotny jest cel wykonywanych świadczeń. Ze zwolnienia korzystają te czynności, które mają charakter diagnostyczny lub terapeutyczny (lecniczy) bądź są ściśle związane z czynnościami o takim charakterze. Świadczenie, które nie służy profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia i nie jest z nim ściśle związane nie może być objęte zwolnieniem podatkowym, a za takie niewątpliwie należy uznać niektóre ze wskazanych przez wykonawcę czynności, w tym powyżej wskazanych – wymienione przez niego jako czynności korzystające ze zwolnienia.

Odwołujący z kolei wywodzili, iż 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 2011 r. zmienił się stan prawny w zakresie dopuszczalności stosowania przez podatników zwolnienia z podatku VAT. Dotychczasowe (tj. obowiązujące do dnia 31.12.2010 r.) 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 wyprowadził 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”. Dla 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. Odwołujący stwierdzili, 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.).

Z powyższego wynika, iż zamawiający decyzję o odrzuceniu ofert odwołujących oparł na przekonaniu, iż odwołujący bezpodstawnie zastosowali zwolnienie od podatku VAT, oparte na kryterium przedmiotowym. Zamawiający w ogóle nie zbadał, czy istnieją inne okoliczności uzasadniające zastosowanie takiego zwolnienia. Zamawiający w toku badania i oceny ofert zwrócił się do odwołujących o wskazanie usług objętych przez wykonawcę ceną w formularzu ofertowym 1.A.4 i taki wykaz otrzymał. Jeżeli otrzymane wyjaśnienia wzbudziły wątpliwości zamawiającego co do zasadności zastosowanego zwolnienia, zamawiający obowiązany był je wyjaśnić.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum Naprzód, do złożenia dokumentów, o których mowa art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, mimo że ww. wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

- § 3 ust 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez wybór oferty nie zawierającej wymaganego zaświadczenia.

Istotnie Konsorcjum Naprzód złożył zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu Naprzód Sp. z o. o. z datą 29.04.2013 r. Wobec faktu, iż składanie ofert miało miejsce w dniu 9 stycznia 2014 r., stwierdzić należy, iż na dzień złożenia ofert zaświadczenie

to było nieważne. W toku badania ofert zamawiający nie wezwał Konsorcjum Naprzód do uzupełnienia tego dokumentu. Dokument ten został jednakże przez konsorcjum uzupełniony.

Izba nie uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i niewykluczenie z postępowania wykonawcy: Konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, IZAN + Sp. z o. o., z siedzibą w Krakowie oraz Naprzód Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (dalej: konsorcjum Naprzód), mimo iż ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający w pierwszej kolejności obowiązany jest wezwać wykonawcę, który w określonym terminie nie złożył wymaganych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub złożył dokumenty zawierające błędy do ich uzupełnienia.

W przypadku uzupełnienia dokumentu brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie wskazanie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołujących. W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione w piśmie z dnia 3 lutego 2014 roku czyni zadość wymogom wskazanym w przywołanym przepisie.

Izba nie uwzględniła odwołania pomimo uznania za zasadne czterech zarzutów. Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Oferta odwołujących została sklasyfikowana na drugim miejscu, zatem nie może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Ponieważ ewentualne uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert doprowadziłoby do wyboru tego samego wykonawcy, stwierdzić należy, iż naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....