

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie

ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Zespół Opieki Zdrowotnej ul. Szpitalna 22, 34-200 Sucha Beskidzka

protestu z dnia 29 lipca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie Odwołującego się oraz **wspólnie ubiegających się o zamówienie**

Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i Hospital

Serwis Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław po stronie

Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Zespół Opieki Zdrowotnej ul. Szpitalna 22, 34-200 Sucha Beskidzka i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Zespół Opieki Zdrowotnej ul. Szpitalna 22, 34-200 Sucha Beskidzka na rzecz Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na usługi kompleksowego specjalistycznego sprzątania i utrzymania czystości w Zespole Opieki Zdrowotnej w Suchej Beskidzkiej*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz.U. WE pod numerem 2008/S 101-135867 z 27 maja 2008 r. Wartość postępowania została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.751.103,32 euro, w tym zamówienia uzupełniające.

23 lipca 2008 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający podał, iż „w związku z brakiem możliwości sprawdzenia oferty pod względem rachunkowym, Zamawiający zwrócił się do firmy o podanie w każdym pakiecie: wartości netto, zastosowanych stawek VAT dla poszczególnych wartości oraz wartości brutto. Wyjaśnienie do Zamawiającego nie wpłynęło. Zastosowana stawka VAT jest wadliwa, w związku z czym Wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

29 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł protest żądając uchylenia czynności odrzucenia jego oferty, uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem jego oferty.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego zawartą w informacji z 23 lipca 2008 r., ponieważ Zamawiający żądał od wykonawców podania w ofercie (formularzu cenowym) jedynie kwot netto i brutto miesięcznie i za całą wartość zamówienia, nie żądał natomiast podania kwot i stawek podatku VAT, tym samym żądanie podania kwot i stawek w formie zmodyfikowanego formularza ofertowego po otwarciu ofert jest niedopuszczalne, wykracza poza uprawnienia ustawowe Zamawiającego i prowadzi do modyfikacji oferty, co narusza przepis art. 87 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym Odwołujący zauważył, że cena oferty jest ceną ryczałtową i zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przyjmuje się, że podano ją prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia, a tym samym nie ma przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

5 sierpnia 2008 r. Zamawiający protest oddalił stwierdzając, iż nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że podana cena jest ceną ryczałtową i przyjmuje się taką cenę bez względu na sposób jej obliczenia – w żadnym z dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia nie określił ceny wykonania usługi jako ryczałtowej,

natomiast postanowienie rozdz. II pkt 4 ppkt 4.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zezwala na zmianę ceny w okresie trwania umowy, również Odwołujący nie zaproponował stałej ceny przez okres trwania umowy. Podczas przeliczeń dokonywanych w trakcie badania ofert Zamawiający stwierdził, iż w złożonych ofertach zastosowano rozbieżne stawki VAT, a ich wysokość nie odpowiada stawkom określonym w ustawie o podatku od towarów i usług. Ponieważ jest zobowiązany do oceny prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT, zwrócił się do Odwołującego dwukrotnie o wyjaśnienia w celu zbadania prawidłowości danych zawartych w formularzu cenowym. W odpowiedzi na pierwszą prośbę o wyjaśnienie zostały podane tylko koszty netto wykonania usługi, natomiast Odwołujący nie odpowiedział na drugą prośbę o wyjaśnienia. Na tej podstawie Zamawiający uznał, iż została zastosowana błędna stawka VAT, w związku z czym oferta podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego oddalenia protestu 11 sierpnia 2008 r. (wpływ do UZP bezpośrednio) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty,
2. art. 88 ust. 3 pkt a) ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu

i żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert Odwołującego,
4. nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, iż Zamawiający oddalając protest nie wskazał, na czym, jego zdaniem, polega nieprawidłowość zastosowanych stawek VAT, a także nie żądał podania tych stawek w ofertach. Ponadto, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym projektu umowy, ceny ofertowe za pakiety mają charakter ryczałtowy i bez znaczenia jest fakt, czy Zamawiający użył nazwy „cena ryczałtowa”. Cena oferty musiała zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, natomiast cena w ten sposób określona przysługuje wykonawcy w wysokości z góry ustalonej niezależnie od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac (§ 4 ust. 1 projektu umowy). Ewentualna rewaloryzacja o wskaźnik GUS nie zmienia jej charakteru.

Art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu przyjęcie danej ceny ryczałtowej w ofercie za prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia. Zasada opisana w tym przepisie dotyczy wszystkich ewentualnych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny ryczałtowej. W takiej sytuacji należało uznać, że cena brutto została podana prawidłowo, pomimo że wykonawca błędnie obliczył VAT. Powołane przez Zamawiającego wyroki dotyczą odrzucenia ofert z powodu błędnie zastosowanej stawki VAT, natomiast wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu nie podawali tych stawek i Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia ofert z tego powodu. Żądanie złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych polegających na złożeniu innego formularza cenowego niż określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niedopuszczalne, ponieważ prowadzi do zmiany treści oferty.

Na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z załączonym do specyfikacji istotnych warunków zamówienia formularzem ofertowym Zamawiający wymagał podania przez wykonawców następujących informacji: miesięczna wartość pakietu netto (zł), miesięczna

wartość pakietu brutto (zł), roczna wartość pakietu brutto (zł), wartość za okres trzech lat brutto (zł) dla 28 pakietów, tj. oddziałów szpitala oraz wartości powyższych kolumn „Razem”. Natomiast w formularzach dla poszczególnych pakietów żądał podania: wartości netto i brutto usługi miesięcznie, rocznie, za 3 lata oraz za 1 m². Wynika z tego, iż w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie zawarł wymogu określenia przez wykonawców konkretnej stawki VAT lub wyliczenia tego podatku od konkretnych usług. Dodatkowo przedmiotem oceny Zamawiającego w zakresie kryterium ceny była wartość za okres trzech lat brutto (zł) dla 28 pakietów, co do której Zamawiający wymagał wskazania wyłącznie ceny brutto.

Wykonawcy w swoich ofertach wypełnili powyższe tabele zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Z porównania podanych przez Odwołującego miesięcznych wartości pakietów netto i brutto wynika, że nie zastosował on wyłącznie jednej stawki VAT 0% / zwolniony, 7% ani 22%. Taka sama sytuacja miała miejsce w ofercie Przystępującego. Jak stwierdził Zamawiający podczas rozprawy, powyższa okoliczność spowodowała, iż skierował on do Odwołującego i Przystępującego prośbę o wyjaśnienie tej kwestii. W odpowiedzi Przystępujący złożył stosowne wyliczenia wskazując, iż przy obliczaniu cen brutto zastosowano zarówno stawkę VAT 22%, jak i zwolnienie z VAT. Odwołujący natomiast w wyjaśnieniach z 16 lipca 2008 r. ogólnie stwierdził, iż do wymienionych usług zastosował stawkę 22%, a, w odniesieniu do niektórych usług (również wymienionych), zwolnienie z VAT.

Podczas rozprawy Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący zgodnie stwierdzili, iż kwestia zastosowania do niniejszego przedmiotu zamówienia zarówno stawki 22 %, jak i zwolnienia z VAT nie jest przedmiotem sporu.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż z treści art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku niezłożenia wymaganych wyjaśnień, nie wynikają dla wykonawców konsekwencje analogiczne jak opisane w art. 90

ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. brak wyjaśnień nie skutkuje odrzuceniem oferty.

Zamawiający, w braku powyższych wyjaśnień, musiał więc ocenić ofertę na podstawie już posiadanych dokumentów. Z informacji wymaganych przez Zamawiającego w formularzu ofertowym oraz formularzach dla poszczególnych pakietów nie wynika, w jaki sposób obliczono ceny netto – nie pozwalają one na wyodrębnienie wartości poszczególnych usług, od których zależy zastosowanie danej stawki VAT lub zwolnienia z VAT – tym samym nie można wnioskować, czy obliczona kwota VAT jest prawidłowa, czy też nieprawidłowa. Stwierdzenia, że została ustalona błędna stawka VAT lub obliczona błędna kwota VAT nie można wywodzić także z faktu uchylenia się przez Odwołującego od odpowiedzi w formie wymaganej przez Zamawiającego (tabela), a taki skutek wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, bowiem Zamawiający nie wyjaśnił w inny sposób powodu uznania, że kwota VAT jest nieprawidłowa.

Skład orzekający Izby stwierdził również, iż z § 4 projektu umowy „Warunki płatności” o następującej treści: „1. Wynagrodzenie miesięczne zleceniobiorcy za realizację umowy wynosi: netto: zł (słownie), brutto: zł (słownie). 2. Zapłata będzie się odbywać na podstawie faktury VAT i każdorazowo dołączonego do niej zatwierdzonego przez upoważnione osoby wykazu zrealizowanych świadczeń. 3. Cena nie może ulec zmianie przez okres pierwszych 12 miesięcy trwania umowy. 4. Wynagrodzenie określone w ust. 1 może być waloryzowane po okresie niezmienności ceny w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Główny Urząd Statystyczny.”, wynika jednoznacznie, że miesięczne wynagrodzenie wykonawcy za usługi w całym obiekcie (czyli za wszystkie pakiety razem) określane jest w sposób ryczałtowy i odnosi się do pozycji „Razem” kolumna 1 i 2 tabeli zamieszczonej w formularzu ofertowym („miesięczna wartość pakietu netto (zł)” i „miesięczna wartość pakietu brutto (zł)”). Także w poszczególnych pozycjach określono ryczałty miesięczne dla danych pakietów. Wnioskowi temu nie przeczą inne postanowienia specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. Tak więc rzeczywiście w przypadku omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny miałyby zastosowanie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a i c ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na powyższe skład orzekający Izby stwierdził, iż nie udowodniono, że Odwołujący zastosował stawkę VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami, a jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....