

WYROK

z dnia 30 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
 Anna Chudzik
 Przemysław Dzierzędzki**

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2012 r. przez **FitFlex Sp. z o.o., ul. Kierbedzia 4, 00-728 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralne Biuro Antykorupcyjne, Al. Ujazdowskie 9, 00-583 Warszawa**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Centralne Biuro Antykorupcyjne, Al. Ujazdowskie 9, 00-583 Warszawa i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez FitFlex Sp. z o.o., ul. Kierbedzia 4, 00-728 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od **Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Al. Ujazdowskie 9, 00-583 Warszawa** na rzecz **FitFlex Sp. z o.o., ul. Kierbedzia 4, 00-728 Warszawa** kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralne Biuro Antykorupcyjne, Al. Ujazdowskie 9, 00-583 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostęp do usług sportowo-rekreacyjnych ogłoszonego przez Biuro Logistyki Centralnego Biura Antykorupcyjnego”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 23 lutego 2012 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod poz. 43757.

Wykonawca - FitFlex Sp. z o.o. , Ul .Kierbedzia 4 , 00-728 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 16 marca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Fitflex Sp. z o.o. i wyboru najkorzystniejszej oferty OK System Polska S.A.;
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego w trybie przetargu nieograniczonego przez Centralne Biuro Antykorupcyjne firma FitFlex Sp. z o.o. złożyła ofertę. Kryterium wyboru była cena. Odwołujący zaznaczył, że jego oferta była najkorzystniejsza. W dniu 12 marca 2012 Odwołujący otrzymał faksem

rozstrzygnięcie w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, które to czynności stały się przedmiotem niniejszego odwołania. Oferta Odwołującego została jednak odrzucana z postępowania na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 6 ustawy Pzp jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający powołując się na załącznik nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatkach od towarów i usług(tj. Dz. U. z 2001r. nr 177, poz.1054 ze zm.) odrzucił ofertę Odwołującego w związku z tym, że zastosował jedną stawkę VAT w wysokości 23%. Odwołujący nie zgodził się z zaprezentowanym stanowiskiem, wskazując, że nie świadczy, jak wskazał Dyrektor Biura Logistyki Centralnego Biura Antykorupcyjnego, „*pozostałych usług związanych z rekreacją*”, ale odsprzedaje wcześniej zakupione usługi od właścicieli obiektów sportowych, szkół tańca, ośrodków ćwiczeń ruchowych, fitness-clubów, siłowni itp. w ramach tzw. karty wstępu. Z tych względów, przedmiotowe usługi klasyfikowane są jako „*usługi komercyjne pozostałe*” i jako takie nie zostały wymienione w załączniku nr 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. W związku z powyższym opodatkowane są stawką podstawową w wysokości 23%. W ocenie Odwołującego nieuzasadniony jest wniosek wskazany w rozstrzygnięciu z dnia 12 marca 2012 r. W związku z powyższym, Odwołujący poprzez odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stracił szansę, za zawarcie kontraktu z Zamawiającym.

W dniu 12 marca 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz wyborze najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy OK System Polska S. A.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę FitFlex Sp. z o.o. , Ul .Kierbedzia 4 , 00-728 Warszawa.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 26 marca 2012 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców: Fitflex Sp. z o.o., OK. System Polska S.A., Benefit Systems S. A., Vanitystyle Sp. z o.o. jak również oświadczenia i stanowiska

stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 19 marca 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami pkt 15 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, ppkt 15.2 W „Formularzu ofertowym” stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wykonawca zobowiązany jest podać w PLN: 15.3.1 cenę netto (cyfrowo i słownie) i stawkę podatku VAT (cyfrowo) za miesięczny karnet, gwarantujący dostęp do usług stanowiących przedmiot zamówienia dla funkcjonariuszy i pracowników Zamawiającego oraz cenę netto (cyfrowo i słownie) i stawkę podatku VAT (cyfrowo) za miesięczny karnet, gwarantujący dostęp do usług stanowiących przedmiot zamówienia dla ich osób towarzyszących; 15.3.2 cenę oferty: t.j. cenę brutto (słownie i cyfrowo) za miesięczny karnet, gwarantujący dostęp do usług stanowiących przedmiot zamówienia dla funkcjonariuszy i pracowników Zamawiającego oraz cenę brutto (cyfrowo i słownie) za miesięczny karnet, gwarantujący dostęp do usług stanowiących przedmiot dla ich osób towarzyszących.

W przedmiotowym postępowaniu złożono trzy oferty przez następujących wykonawców:

1. Benefit Systems S. A., ul. Fredry 6, 00-097 Warszawa – cena oferty – 109,00 zł brutto (dla funkcjonariusza i pracownika), 150,00 zł brutto (dla osoby towarzyszącej);
2. Fitflex Sp. z o.o., ul. Kierbedzia 4, 00-728 Warszawa – cena oferty – 84,00 zł brutto (dla funkcjonariusza i pracownika), 118,00 zł brutto (dla osoby towarzyszącej);

3. OK. System Polska S. A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa - cena oferty – 84,00 zł brutto (dla funkcjonariusza i pracownika), 120,00 zł brutto (dla osoby towarzyszącej);
4. VanityStyle Sp. z o.o., ul. Jasna 24, 00-054 Warszawa – cena oferty – 95,00 zł brutto (dla funkcjonariusza i pracownika), 110,00 zł brutto (dla osoby towarzyszącej).

Zamawiający pismem z dnia 12 marca 2012 r. odrzucił ofertę wykonawcy Fitflex Sp. z o.o., ul. Kierbedzia 4, 00-728 Warszawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że w ofercie Odwołującego został podany jedynie podatek VAT w stawce 23% zamiast w rozbiciu na stawkę 8% i 23%. Natomiast zgodnie z załącznikiem nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. od podatku od towarów i usług „usługi związane z działalnością obiektów sportowych” oraz „pozostałe usługi związane z rekreacją – wyłącznie w zakresie wstępu” opodatkowane są stawką podatku VAT w wysokości 8%. Z kolei pozostałe usługi niewymienione w ww. załączniku a związane z rekreacją oraz inne usługi sportowe, świadczone w obiektach sportowo-rekreacyjnych w ramach miesięcznego karnetu, w myśl art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 cyt. ustawy opodatkowane są stawką podatku VAT w wysokości.

Powyższa czynność Zamawiającego stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę FitFlex Sp. z o.o. , Ul .Kierbedzia 4 , 00-728 Warszawa.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W świetle stanowisk stron istotą sporu jest kwestia, czy wskazanie w ofercie stawki 23% podatku VAT na cały zaoferowany przedmiot zamówienia (w tym również dla usług w zakresie dostępu na basen), stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący w swojej ofercie do wszystkich oferowanych usług zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Izba nie uznała argumentacji Zamawiającego, że wykonawcy w każdym przypadku klasyfikując usługi w zakresie dostępu do basenu jako „usługi związane z działalnością obiektów sportowych” powinni zastosować do tej usługi stawkę podatku VAT 8%, nie zaś jak zrobił to Odwołujący – 23%.

Izba uznała, że Zamawiający de facto nie badał – wbrew temu co twierdził na rozprawie – poprawności zastosowanych stawek podatku VAT w poszczególnych ofertach.

Zamawiający z jednej strony, powołując się na zasadę równości i porównywalności złożonych ofert – twierdził, że należało zastosować stawkę podatku VAT 8% dla usług dotyczących dostępu do basenu, a w pozostałej części zastosować stawkę podatku VAT – 23%, z drugiej strony nie badał w sposób szczegółowy zastosowania tych stawek w innych złożonych ofertach. Dla Zamawiającego wystarczającym było jedynie wskazanie w ofercie dwóch stawek podatku VAT, a badając oferty Zamawiający brał pod uwagę interpretacje podatkowe wydane na rzecz innych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu i jeśli były wskazane dwie stawki bez konkretnego przypisywania poszczególnym usługom dla Zamawiającego jasne było, że stawka 8% dotyczy usług wstępu na basen.

Izba ustaliła, że inni wykonawcy, t.j. VanityStyle Sp. z o.o. czy Benefit Systems S. A., wskazywali dwie stawki podatku VAT, 8% oraz 23%, jednak nie zostały one w żaden sposób przyporządkowane zarówno kwotowo, jak również nie zostały przyporządkowane do poszczególnych usług. Zamawiający nie miał zatem pełnej wiedzy, czy wykonawca wskazując stawkę podatku VAT – 8%, stosuje ją do usług w zakresie dostępu na basen, czy też może powyższa stawka dotyczy usług fitness-u. Ponadto Zamawiający na rozprawie przyznał, że co do oferty wykonawcy OK. System Polska S. A. Zamawiający nie wyjaśniał wskazanych tam pojęć, t.j. Aqua – 8%, Sport-8%, Fitness-23% a bazował jedynie na interpretacjach podatkowych wydanych na rzecz ww. wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający nie może z jednej strony odrzucić oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczaniu ceny, z uwagi na niezastosowanie co do niektórych oferowanych usług stawki podatku VAT 8%, a z drugiej strony uznawać oferty innych wykonawców, (jako ważne i niepodlegające odrzuceniu) a nie zawierające pełnych informacji, które z usług oferowanych opodatkowane są stawką podatku VAT – 8%, a które stawką 23%. Zatem, w ocenie Izby, niewykluczone, że wykonawcy, wskazując stawkę podatku VAT – 8% mogli zastosować ją do innych usług, np. fitnessu, nie zaś tak jak oczekiwał Zamawiający do usług w zakresie dostępu na basen.

Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jaka jest rzeczywista treść złożonych ofert – co w niniejszym stanie faktycznym ma miejsce, gdyż Zamawiający nie

badał dogłębnie treści złożonych ofert, a jedynie domniemywał która stawka (8% bądź 23%) została przypisana poszczególnym usługom – co zasługuje na dezaprobatę i prowadzi wyłącznie do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Odwołujący posiadając z Urzędu Statystycznego stosowną opinię, zobowiązującą go do zastosowania stawki podatku VAT – 23%, nie może ryzykować zastosowania innej stawki (8%), jeśli co innego wynika z klasyfikacji przyjętej przez Urząd Statystyczny.

Niewystarczającym jest również argument Zamawiającego, że skoro co do innych wykonawców, biorących udział w tym postępowaniu, wydane zostały również opinie czy interpretacje należy również analogicznie je zastosować wobec Odwołującego, w sytuacji gdy Odwołujący dysponował własną, odmienną opinią Urzędu Statystycznego.

W ocenie składu orzekającego Izby takie stanowisko Zamawiającego jest nieuprawnione, Zamawiający nie może oceniać ofert – wyłącznie przez pryzmat interpretacji Dyrektorów Izb Skarbowych wydanych na rzecz innych wykonawców. Taka ocena ofert również zdaniem Izby prowadzi do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Izba dopuszczając złożony przez Odwołującego w trakcie rozprawy dowód – pismo z Urzędu Statystycznego z dnia 22 grudnia 2009 r. – uznała, że jest on wiarygodny i pozwalał wykonawcy zastosowanie w niniejszym stanie faktycznym stawki podatku VAT w wysokości 23%. Z powyższego pisma wynika, że zgodnie z zasadami metodyki Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) wprowadzonej Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. usługi polegające na sprzedaży wcześniej zakupionych usług od właścicieli obiektów sportowych, szkół tańca, ośrodków ćwiczeń ruchowych, fitness-clubów, siłowni itp. w ramach tzw. karty wstępu np. na basen, zajęcia taneczne, siłownie, mieszczą się w grupowaniu PKWiU 74.90.1. Taka zaś klasyfikacja usług świadczonych przez Odwołującego obligowała go do zastosowania podstawowej stawki podatku od towarów i usług w wysokości 23%.

Izba dała również wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, że jest pośrednikiem, t.j. „zakupuje usługi”, zaś co do usług związanych z działalnością obiektów sportowych Odwołujący nie posiada obiektu sportowego w postaci basenu a zatem jest to okoliczność zobowiązująca wykonawcę do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23% w stosunku do całego przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Izba zwraca również uwagę, że szczegółowego badania i oceny ofert Zamawiający dokonuje po otwarciu ofert, nie zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty, a w szczególności w wyniku wniesionego przez wykonawcę odwołania.

Ponadto na marginesie należy również dodać, że - odnosząc się do argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie – czym innym jest badanie warunków udziału w postępowaniu a czym innym badanie treści złożonej oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Przypomnienia wymaga, że warunki udziału dotyczą strony podmiotowej wykonawcy (t.j. np. jego już zdobytego doświadczenia), a spełnienie warunków dopiero kwalifikuje ofertę wykonawcy (bądź nie – w przypadku niespełnienia warunków udziału), do późniejszego etapu badania jej treści. Zatem w pierwszej kolejności Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca spełnia postawiony przez niego (w ogłoszeniu i SIWZ) warunek udziału dotyczący np. wiedzy i doświadczenia (np. wykazania się zrealizowaniem określonej ilości usług, która to powinna zostać wskazana, dookreślona przez Zamawiającego w SIWZ). Jeżeli wykonawca spełnia warunki udziału, to jego oferta podlega analizie Zamawiającego pod względem jej zgodności z SIWZ. Badając ofertę Zamawiający co do zasady sprawdza czy opisany w ofercie przedmiot zamówienia (który ma być przez wykonawcę świadczony w przyszłości) odpowiada opisowi w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w takim stopniu w jakim oczekiwał tego Zamawiający w SIWZ. Powyższych czynności Zamawiający dokonuje przed wyborem najkorzystniejszej oferty, nie zaś na etapie podpisania umowy czy późniejszej jej realizacji.

Ponadto Zamawiający nie powinien mylić etapu badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z analizą czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Konsekwencją niespełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wykluczenie wykonawcy, zaś w drugim wypadku Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy. O tym, że badanie warunków udziału w postępowaniu dotyczy strony podmiotowej świadczy fakt, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, zaś odrzucić można tylko ofertę. Zamawiający zatem nie może odnosząc się do badania treści oferty powoływać na wymagane oświadczenie z art. 22 ustawy Pzp dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zatem mając powyższe na względzie, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....