

**Sygn. akt: KIO/UZP 1405/09**

**WYROK**

**z dnia 17 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Luiza Łamejko**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Wioleta Wasilewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zbigniewa Gierańczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk – Zakład Pracy Chronionej, 93-267 Łódź, ul. Deotymy 3/15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 37-300 Leżajsk, ul. Leśna 22** protestu z dnia 2 września 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zbigniewa Gierańczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk – Zakład Pracy Chronionej, 93-267 Łódź, ul. Deotymy 3/15** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zbigniewa Gierańczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk – Zakład Pracy Chronionej, 93-267 Łódź, ul. Deotymy 3/15;**

2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zbigniewa Gierańczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk – Zakład Pracy Chronionej, 93-267 Łódź, ul. Deotymy 3/15** na rzecz **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej, 37-300 Leżajsk, ul. Leśna 22** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~

4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zbigniewa Gierańczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk – Zakład Pracy Chronionej, 93-267 Łódź, ul. Deotymy 3/15.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Leżajsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług kompleksowego sprzątnia obiektów SP ZOZ w Leżajsku”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich dnia 27 maja 2009 roku pod numerem 2009/S 100-144905.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty, Zbigniew Gierańczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zielenców Zbigniew Gierańczyk Zakład Pracy Chronionej (zwany dalej Protestującym lub Odwołującym) otrzymał w dniu 24 sierpnia 2009 roku. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na powyższą czynność, w dniu 2 września 2009 roku Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym wniósł o:

- 1) uchylenie czynności odrzucenia oferty protestującego,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu podniósł, iż Zamawiający w załączniku Nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonał rozdziału szeregu czynności, wymagań, zaleceń itp., które świadczone na rzecz Zamawiającego mają odmienny cel i charakter. W związku z tym dla usług sprzątnia *sensu stricte* będzie miała zastosowanie podstawowa stawka podatku VAT 22%, natomiast część usług dodatkowych ujętych w pkt 6 załącznika nr 3 SIWZ mieści się w grupowaniu PKWiU 85.14.18-00.00 i podlega zwolnieniu od podatku VAT.

Konsekwencje przyporządkowania poszczególnych czynności do odpowiedniej grupy klasyfikacyjnej znajdują swe odzwierciedlenie w przepisach ustawy o podatku od towarów i

usług. Wobec faktu, iż przepisy prawno-podatkowe mają charakter bezwzględnie wiążący, protestujący nie mógł przyjąć stawki wymaganej przez Zamawiającego, lecz tylko taką, jaka wynika z przepisów prawa.

Zamawiający pismem z dnia 9 września 2009 roku protest oddalił.

Uzasadniając swoją decyzję wskazał, iż Protestujący w swojej ofercie, w pozycji I złożonego formularza cenowego nie wymienił poszczególnych usług, które jego zdaniem nie podlegają opodatkowaniu 22% stawka podatku VAT. Podał jedynie kwotę wynagrodzenia z tytułu kompleksowego sprzątnia obiektów, nie obejmującą wszystkich usług wskazanych przez Zamawiającego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 18 września 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając jak w proteście, wnosząc o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Izba zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na wykonywaniu usług kompleksowego sprzątania obiektów SP ZOZ w Leżajsku. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, iż przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego sprzątania obiektów SP ZOZ w Leżajsku, których szczegółowy opis został zawarty w załączniku nr 2 i 3 SIWZ, które odpowiednio - załącznik nr 2 - stanowił Formularz Cenowy, natomiast załącznik nr 3 - zawierał szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający w załączniku nr 3 określił przedmiot zamówienia jako całodobowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach Zamawiającego podając, jakie konkretne wymagania stawia Wykonawcom i ich pracownikom.

Zamawiający analizując złożoną przez Odwołującego ofertę stwierdził, co następuje. Odwołujący złożył ofertę w dniu 30.06.2009 r., oferując wykonanie zamówienia za cenę łączną w wysokości 3.775.327,20 zł (słownie: trzy miliony siedemset siedemdziesiąt pięć tysięcy trzysta dwadzieścia siedem złotych 20 groszy). Załącznikiem nr 2 do oferty jest Formularz cenowy. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XI pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 25.05.2009 r., ceny oferty muszą być podane w PLN brutto i netto z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku, zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia oraz ewentualne rabaty. Wartość brutto należy obliczyć: wartość netto + podatek VAT. Odwołujący w złożonym Formularzu cenowym uzupełnił cenę za usługi kompleksowego sprzątania obiektów SP ZOZ, naliczając za te usługi 22% stawkę podatku VAT. Odwołujący nie wymienił na formularzu cenowym żadnych innych elementów składowych zamówienia. Ponadto podał kwotę wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia w wysokości 3.775.327,20 zł, nie określając, czy podana kwota jest kwotą netto czy brutto.

W związku z wątpliwościami, co do prawidłowości obliczenia i podania ceny ofertowej, Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo wzywające do wyjaśnienia treści złożonej oferty – podstawa prawna art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w terminie zakreślonym przez Zamawiającego, Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia stwierdzając, iż „Wskazane w załączniku nr 3 do s.i.w.z. w pkt 6 wymagania dodatkowe takie jak [...] objęte są stawką podatku VAT „zw” według PKWiU, co potwierdzają załączone kserokopie wyjaśnień Urzędu Statystycznego w Łodzi Ośrodka Interpretacji Standardów Klasyfikacyjnych.”. Tym samym Odwołujący stoi na stanowisku, iż w Formularzu Cenowym prawidłowo dokonał rozdzielenia i obliczenia ceny

dla usług objętych obowiązkową stawką 22% VAT oraz dla usług, które z takiego zwolnienia mogą skorzystać.

Zamawiający, przygotowując przedmiotową procedurę udzielenia zamówienia publicznego zwrócił się do Urzędu Statystycznego w Łodzi o interpretację, do jakiego symbolu PKWiU winien zakwalifikować usługi składające się na tzw. WYMAGANIA DODATKOWE, określone przez Zamawiającego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia. Urząd Statystyczny w Łodzi wskazał, że odbiór, mycie i dezynfekcja, np. naczyń, sztuców, opakowań zbiorczych, wózków transportowych, stolików itp. oraz sprzątanie pomieszczeń na terenie szpitala mieści się w grupowaniu 74.70.1 "Usługi sprzątania i czyszczenia obiektów".

W związku z powyższym Zamawiający zaliczył przedmiot zamówienia, jakim jest usługa kompleksowego sprzątania obiektów SP ZOZ, do grupowania 74.70.1 "Usługi sprzątania i czyszczenia obiektów". Natomiast jak wynika z art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych ustawą. Usługa sprzątania i czyszczenia obiektów nie została wymieniona w przepisach ustawy jako podlegająca opodatkowaniu inną stawką podatku VAT lub zwolniona z opodatkowania. W związku z tym przyjąć należy, że usługa ta podlega opodatkowaniu 22% stawką podatku VAT.

Powyższe działanie Zamawiającego, spowodowane prawidłowością i dbałością prowadzenia procedury zamówienia publicznego wywołane było przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług, usługi wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane na potrzeby kwalifikacji usług dla celów podatkowych za pomocą tych klasyfikacji. Taką klasyfikacją jest Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług. Jak wynika z § 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29.10.2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU), do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług, do dnia 31 grudnia 2009 r. stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług wprowadzoną Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Dz. U. Nr 42, poz. 264, z późn. zm.).

Rozporządzenie z dnia 18.03.1997 r. określa Zasady Metodyczne Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. Pkt 7.3 Zasad Metodycznych stanowi, że zaliczenie określonego produktu do właściwego grupowania PKWiU należy do obowiązków producenta (usługodawcy) tego produktu. Wynika to z faktu, że właśnie producent (usługodawca) posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu do odpowiedniego grupowania PKWiU tj. informacje dotyczące rodzaju użytego surowca, technologii wytwarzania,

konstrukcji i przeznaczenia wyrobu lub charakteru usługi. W przypadkach trudności w ustaleniu właściwego grupowania, producent może zwrócić się o pomoc do właściwego terytorialnie urzędu statystycznego lub Głównego Urzędu Statystycznego. Dlatego też Zamawiający korzystając z w/w uprawnienia zwrócił się o stosowną opinię do właściwego miejscowo Urzędu Statystycznego.

Zdaniem Izby usługi wymienione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty, w punkcie 2 litery od c do f są opodatkowane podatkiem VAT w wysokości 22%, gdyż są to usługi sklasyfikowane w grupie 74.70.1.

Odwołujący, błędnie zdaniem Izby próbuje zakwalifikować część usług do grupy 85 PKWiU wskazując, iż jest to część usług związanych z usługami w zakresie ochrony zdrowia i opieki społecznej z wyłączeniem usług weterynaryjnych, gdyż grupa ta została przyporządkowana dla usług świadczonych przez świadczeniodawców, a nie przez podmioty trzecie na rzecz tychże podmiotów – świadczeniodawców.

Niezasadne jest również stanowisko Odwołującego w zakresie nieuwzględnienia wyjaśnień udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oświadczenia woli Odwołującego. Zgodnie z przepisem art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) *Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wole w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).*

Skoro zatem Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie woli o treści jw. określając zakres usług, które jego zdaniem są zwolnione z podatku VAT, to tym samym Zamawiający takie oświadczenie odebrał i przyjął, nie zgadzając się jednakże z jego treścią.

O wadliwości złożonej ceny ofertowej świadczy również fakt, iż Odwołujący był wykonawcą zamówienia o charakterze tożsamym z przedmiotowym na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym w grudniu 2006 roku – wykonując ją do chwili obecnej. Ówczesna umowa nie zawiera rozróżnienia podatkowego, w odniesieniu do stawek VAT. Odwołujący wykonując przedmiotową umowę mógł również, jeżeli stwierdziłby wadliwość zastosowanych stawek do zwrócenia się do Zamawiającego o podpisanie stosownego aneksu uwzględniającego konieczność wprowadzenia takiego rozróżnienia (§ 5 ust 2 umowy). O możliwości zastosowania jednolitej, podstawowej stawki VAT w wysokości 22 % świadczy również dowód zgłoszony przez Zamawiającego w postaci kserokopii faktur wystawianych przez Odwołującego Zamawiającemu za świadczone tożsame usługi. Wszystkie faktury, które złożył Zamawiający wystawione zostały przez Odwołującego dla Zamawiającego i dotyczyły

usług kompleksowego sprzątnia obiektów SP ZOZ w Leżajsku. Z załączników do umowy wynika tożsamy zakres prac składających się na usługi.

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę Izba stwierdziła, że czynności Zamawiającego, zmierzające w pierwszej kolejności do wyjaśnienia wątpliwości treści oferty, a następnie w sytuacji potwierdzenia błędu skutkującego odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznać należy za prawidłowe i zgodne z przepisami.

Odwołujący przedstawiając w swojej ofercie różne stawki VAT służące opodatkowaniu usług, winien usługi te wyodrębnić oraz udowodnić, że istnieje podstawa prawna do przyjęcia takiej rozbieżności. Brak skutecznego udowodnienia powyższych okoliczności skutkować musiał odrzuceniem oferty przez uznanie, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Ponadto Izba zwraca uwagę, iż przedstawiona oferta nie może stanowić podstawy do zawarcia ważnej umowy, gdyż z jej treści nie można wywnioskować jak jest cena za 1 m-c świadczenia usługi, konieczne byłyby negocjacje ustalające tą wysokość, co z kolei niezgodne jest z przepisem art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z tym, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp, nie wypełniły się przesłanki do uwzględnienia odwołania, określone w przepisie art. 191 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....