

WYROK

z dnia 28 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Członkowie: **Jolanta Markowska**
Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę Żak System Sp. z o.o., 30-095 Kraków, ul. Złoty Róg 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej, 59-300 Lublin, ul. Gen. Józefa Bema 5-6** protestu z dnia 29 października 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Service Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Żak System Sp. z o.o., 30-095 Kraków, ul. Złoty Róg 13 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **Żak System Sp. z o.o., 30-095 Kraków, ul. Złoty Róg 13,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 352 zł 22 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez wykonawcę **Żak System Sp. z o.o., 30-095 Kraków, ul. Złoty Róg 13** na rzecz zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej, 59-300 Lublin, ul. Gen. Józefa Bema 5-6,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie Izby,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Żak System Sp. z o.o., 30-095 Kraków, ul. Złoty Róg 13.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Zespół Opieki Zdrowotnej w Lublinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia w obiektach i na terenach zewnętrznych Zespołu Opieki Zdrowotnej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 sierpnia 2009 r. pod pozycją 2009/S 162-235174.

W dniu 28 października 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o. zwanych dalej Konsorcjum Impel.

W dniu 30 października 2009 r. (pismem z dnia 29 października 2009 r.) protest wobec ww. czynności Zamawiającego wniósł wykonawca Żak System Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez wybór oferty Konsorcjum Impel jako najkorzystniejszej.

Wykonawca Żak System Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym podniósł, że ze sposobu określenia przedmiotu zamówienia, jak i przywołanych przez Zamawiającego kodów Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) jednoznacznie wynika, że przedmiotem zamówienia jest usługa porządkowa, która podlega opodatkowaniu 22% stawką VAT. W ocenie Odwołującego, oferta złożona przez Konsorcjum Impel zawiera błędy w obliczeniu ceny przez podanie w formularzu cenowym w pozycji tabeli nr 2 i 3 w kolumnie dotyczącej stawki VAT dwóch stawek VAT: 22% i zwolniony. Przyjęcie ww. stawek VAT nie znajduje, zdaniem Odwołującego, uzasadnienia prawnego. Okoliczność, że przy obliczeniu ceny za realizację przedmiotu zamówienia należało zastosować 22% VAT potwierdza, jak wskazał Odwołujący, treść ustalonego przez Zamawiającego wzoru formularza cenowego, w którym dokonano podziału ceny jedynie w oparciu o rodzaj powierzchni wewnątrz budynku, na jakiej wykonywane będą czynności porządkowe na powierzchnię administracyjno-gospodarczą i powierzchnię medyczną. Konstrukcja formularza cenowego nie pozwalała, jak zauważył Odwołujący, na dokonanie sztucznego podziału stawek podatku od towarów i usług w stosunku do usług kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia powierzchni administracyjno - gospodarczych i medycznych.

Odwołujący wniósł o:

- odrzucenie oferty Konsorcjum Impel jako zawierającej błędy w obliczaniu ceny,
- unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Impel,
- dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosiło Konsorcjum Impel.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 10 listopada 2009 r. (pismem z dnia 9 listopada 2009 r.) przez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią załącznika nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiot zamówienia składa się z utrzymania czystości, utrzymania terenów zewnętrznych, usług sanitarnych na ośrodkach miejskich i wiejskich oraz usług pomocniczych, zatem przedmiotem postępowania jest świadczenie usług utrzymania czystości oraz obsługi pozamedycznej. W opinii Zamawiającego, z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że usługi stanowiące przedmiot zamówienia, z uwagi na ich zróżnicowany charakter, nie muszą być traktowane jako jedna usługa podlegająca opodatkowaniu jednolitą stawką VAT. Według Zamawiającego, zasadne jest stosowanie 22% stawki VAT dla usług sprzątnia, a dla pozostałych usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego, gdzie indziej nie sklasyfikowanych (PKWiU: 85.14.18-00.00) - zwolnienia z VAT. Zdaniem Zamawiającego, oferta Konsorcjum Impel została przygotowana zgodnie z wymogami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności z dokładnym uwzględnieniem wskazanych przez Zamawiającego czynności oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi. Zamawiający dodał, że wezwał wykonawców do przedstawienia dokładnej kalkulacji cen. Przesłana przez Konsorcjum Impel kalkulacja szczegółowo przedstawia sposób wyliczenia zaoficerowanej ceny i nie daje podstaw do twierdzenia, że oferta zawiera błędy w obliczaniu ceny. Zamawiający stwierdził, że dysponuje też interpretacją Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 26 marca 2009 r., z której wynika, że czynności pomocnicze przy obsłudze pacjenta są zakwalifikowane jako „usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane”, które na podstawie art. 43 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz. 535 z późn zm.) jako wymienione w załączniku nr 4, poz. 9 do ww. ustawy, pozostają zwolnione z opodatkowania VAT.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 17 listopada 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście.

Odwołujący powtórzył argumentację przedstawioną w proteście. Dodatkowo wskazał, że czynności transportowe i pomocnicze stanowią jedynie element w całej usłudze porządkowej polegającej w przeważającym zakresie na czynnościach sprzątnia obiektów, opodatkowanych stawką 22% VAT. Istotne, zdaniem Odwołującego, są również postanowienia wzoru umowy

przesadzające, że wolą Zamawiającego było zamówienie jednej usługi kompleksowego sprzątnia przez ustalenie jednej kwoty do zapłaty za usługę w skali miesiąca (podział występuje wyłącznie w oparciu o rodzaj powierzchni, na jakiej świadczona jest usługa); Zamawiający nie przewidział możliwości wynagradzania wykonawcy za realizację dwóch odrębnych usług za dwie kwoty ustalone z odrębnymi stawkami podatkowymi.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- odrzucenia oferty Konsorcjum Impel jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny,
- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Impel,
- dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Impel.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Konsorcjum Impel, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący, jako wykonawca, który zaoferował drugą w kolejności cenę za realizację przedmiotu zamówienia posiada interes prawny w kwestionowaniu czynności Zamawiającego dotyczących oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Przedmiotem sporu jest prawidłowość zastosowanych przez Konsorcjum Impel przy obliczeniu ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia stawek VAT przez przyjęcie 22% VAT i zwolnienia z VAT przy obliczeniu ceny za realizację usługi w ośrodkach diagnostycznych,

poradniach, pracowniach, laboratorium, bakteriologii, zakładach oraz na oddziałach szpitalnych (pozycja 2 i 3 formularza cenowego).

Na wstępie należy wskazać, że Krajowa Izba Odwoławcza nie posiada uprawnień do wydawania wiążących opinii w kwestii zastosowania poszczególnych stawek VAT do określonego rodzaju usług, dostaw czy robót budowlanych. Jednak z uwagi na to, że ustawa Pzp w art. 89 ust. 1 pkt 6 nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, za jaki uznaje się przyjęcie stawki VAT niezgodnej z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, Izba zobowiązana jest poddać rozpoznaniu zarzuty w tym przedmiocie.

W celu ustalenia czy oferta Konsorcjum Impel zawiera błąd w obliczeniu ceny Izba oparła się na dowodach złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Izba ustaliła, że podniesiony przez Odwołującego zarzut nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Izba dała wiarę dowodowi złożonemu przez Zamawiającego tj. interpretacji indywidualnej Ministra Finansów z dnia 2 października 2009 r. wydanej na wniosek Hospital Serwis Sp. z o.o. (firmy ubiegającej się o udzielenie zamówienia wraz z Impel Cleaning Sp. z o.o.) uznając, że przedstawiony w niej stan faktyczny odpowiada przedmiotowej sprawie. Z dokumentu tego wynika, że firma ta ubiegając się wraz z innym wykonawcą o zamówienie publiczne polegające na wykonywaniu usług sprzątnia, w skład których wchodzi m.in. usługa pomocy przy pacjencie oraz usługa transportu wewnątrzszpitalnego, jest uprawniona do zastosowania zwolnienia z VAT na ww. usługi, które świadczy jako partner konsorcjum. W interpretacji tej jest również mowa o piśmie Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 26 marca 2009 r., w którym Urząd ten sklasyfikował usługi pomocy przy pacjencie i usługi transportu wewnątrzszpitalnego do grupowania PKWiU 85.14.18-00.00 „Usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane”, które zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z pozycją 9 załącznika nr 4 do ww. ustawy, podlegają zwolnieniu z VAT.

Odwołujący, na którym zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) spoczywa ciężar dowodu, nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Wobec powyższego, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego. Izba wzięła pod uwagę fakt, że interpretacja indywidualna uprawnionego do jej wydania organu podatkowego jest wiążąca dla wykonawcy, który wystąpił o jej wydanie i nie może wywoływać dla niego negatywnych skutków prawnych.

Izba ustaliła, że częścią przedmiotu zamówienia w istocie jest usługa transportu wewnętrznego i usługi pomocnicze, co wynika jednoznacznie z opisu przedmiotu

zamówienia dokonanego przez Zamawiającego (pkt 1 Załącznika nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Jednocześnie podkreślić należy, że przepisy ustawy o podatku od towarów i usług statuują dla podatnika zarówno uprawnienie, jak i obowiązek określenia właściwej stawki VAT. Obowiązki temu nie może stać na przeszkodzie narzucona przez Zamawiającego forma wykazania sposobu obliczenia ceny - treść przygotowanej przez Zamawiającego tabeli pozostaje bez wpływu na obowiązek wykonawcy zastosowania prawidłowej stawki VAT przy obliczaniu ceny za realizację zamówienia. Wskazać należy na fakt, że podatek jest świadczeniem na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikającym z ustawy podatkowej, stąd wszelkie kwestie dotyczące sfery podatkowej muszą wynikać z ustaw, a nie z treści Specyfikacji.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie Izby w kwocie 752,22 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....