

Sygn. akt KIO/UZP/18/07

WYROK/POSTANOWIENIE*

z dnia 3 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

**Członkowie: Andrzej Niwicki
Izabela Niedziałek**

Protokolant: Joanna Chabasiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie*~~ w dniu ~~w dniach*~~ 3 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Global Erisson Consulting Sp. z o.o., Szczecin, Al. Wojska Polskiego 31/6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Fundacja FUNDUSZ WSPÓŁPRACY Jednostka Finansująca – Kontraktująca, Warszawa, ul. Górnośląska 4A** protestu ~~protestów*~~ z dnia 28 listopada 2007 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **SEKA S.A., Warszawa, ul. Paca 37** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Global Erisson Consulting Sp. z o.o., Szczecin, Al. Wojska Polskiego 31/6**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr
(słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)
z kwoty wpisu uiszczonego przez **Global Erisson Consulting Sp. z o.o., Szczecin, Al. Wojska Polskiego 31/6**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Global Erisson Consulting Sp. z o.o., Szczecin, Al. Wojska Polskiego 31/6**

Uzasadnienie

Zamawiający – Fundacja Fundusz Współpracy – Jednostka Finansująca – Kontraktująca, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pod nazwą „Podniesienie stopnia wdrożenia dyrektyw UE w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy (BHP) w polskich przedsiębiorstwach w ramach projektu Środki przejściowe 2005/017-488.01.05 Wzmocnienie bezpieczeństwa pracy i usług zdrowotnych”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 2.10.2007r. a termin składania ofert upłynął w dniu 23.10.2007r. W postępowaniu złożono 6 ofert. Wykonawcami, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu byli :

- Zakład Doskonalenia Zawodowego w Katowicach,
- Doradztwo Gospodarcze DGA S.A.,
- SEKA S.A.,
- Konsorcjum: NIRAS IC sp. z o.o., Polskie Centrum Badań i Certyfikacji S.A. i Public Health Consultants In Action B.V.,
- Konsorcjum WYG International sp. z o.o. i „OŚWIATA” Spółdzielnia Pracy we Wrocławiu,
- Global Erisson Consulting sp. z o.o. – zwane dalej Odwołującym, Protestującym lub Global Erisson.

Zamawiający pismem z dnia 26 listopada wysłanym w tym dniu faksem powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – SEKA S.A. Ponadto w piśmie tym zawiadomił o wykluczeniu konsorcjum WYG International sp. z o.o. i „OŚWIATA” Spółdzielnia Pracy we Wrocławiu z postępowania z powodu nie spełnienia warunku wymaganego doświadczenia.

Ponadto w przedmiotowym piśmie nastąpiła informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny których nie można było poprawić na podstawie art. 88 lub błędów w obliczeniu ceny. Jako podstawę faktyczną podał bezpodstawne zastosowanie stawki VAT dotyczącej usług szkoleniowych dla całości zamówienia które w jego ocenie jest zróżnicowane na poszczególne zadania będące odrębnymi elementami zamówienia – dotyczącymi nie usług szkoleniowych ale usług doradczych i usług komputerowych. W jego ocenie w zadaniach będącymi usługami doradczymi lub komputerowymi należało zastosować stawkę VAT 22% a zwolnienie dotyczyło jedynie zadań związanych z usługami szkoleniowymi.

W dniu 28.11.2007r. Global Erisson złożył protest w którym kwestionował czynność odrzucenia jego oferty oraz zażądał przywrócenia jej to postępowania. Stanowisko swoje argumentował postanowieniem wydanym na jego wniosek przez Naczelnika II Urzędu Skarbowego w Szczecinie. Uzasadniał dalej, że w przypadku oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu zwolnienie z podatku VAT powinno dotyczyć całej usługi będącej przedmiotem postępowania a nie tylko poszczególnych zadań. Ponadto wskazał, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu główny przedmiot zamówienia określił kodem CPV 80421100 co w konsekwencji powodowało, że są to usługi szkoleniowe które powinny być zwolnione z VAT. Ponadto wskazał, że sposób rozliczania się z Wykonawcą określony we wzorze umowy załączonym do SIWZ potwierdza jego tezę, gdyż z art. 8 umowy wynika, że płatności będą dokonywane etapami gdzie jeden etap zawiera kilka działań opodatkowanych różną stawką VAT co powodowałoby niemożność rozliczenia się wykonawcy z Zamawiającym. Kolejnym argumentem było to, że zamawiający nie ma obowiązku ani prawa narzucania stawek VAT wykonawcom. W ocenie protestującego niedopuszczalne jest postępowanie zamawiającego, które nie uwzględnia stanowiska organów podatkowych. Na koniec protestujący wskazał, że jego stanowisko nie jest odosobnione w swojej treści, gdyż w przypadku innego zamówienia złożonego z kilku działań również zwrócił się do US o interpretację i uzyskał ją identyczną jak w niniejszym postępowaniu.

W dniu 28.22.2007 r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego zgłosił wykonawca SEKA S.A., wnosząc o oddalenie tego protestu, ponieważ był on niezasadny.

W dniu 29.11.2007r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez oddalenie go. W swojej argumentacji wskazał na to, że przedmiotem postępowania jest usługa na którą składa się siedem zadań i usługa ta nie ma charakteru złożonego w interpretacji protestującego ale składa się z siedmiu wyodrębnionych usług pogrupowanych ze względu na ich rodzaj i kod CPV na usługi doradcze, szkoleniowe i komputerowe. Ponadto wskazał, że formularz ogłoszenia o zamówieniu nie daje możliwości wskazania kilku kodów głównych dlatego jako główny wskazał usługi szkoleniowe które mają największy udział w szacunkowej wartości zamówienia. Kolejnym argumentem było to, że dopuszczenie składania ofert częściowych jest uprawnieniem a nie obowiązkiem zamawiającego a brak dopuszczenia składania ofert częściowych w niniejszym postępowaniu nie jest równoznaczny z tym, że przedmiotem tego postępowania jest tylko usługa szkoleniowa. Ponadto zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu na sześć ofert jedynie oferta protestującego zawiera nieprawidłowo wskazane stawki VAT. Dodatkowo dołączył opinię podatkową na potwierdzenie swoich tez.

W dniu 3.12.2007r. zostało nadane odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący ponownie wskazał, że z ogłoszenia o zamówieniu wynika bezpośrednio struktura zamówienia według której głównym przedmiotem są usługi szkoleniowa a dodatkowymi

przedmiotami usługi związane z doradztwem oraz informacyjne. Ponadto argumentował, że w przypadku kiedy koszty zamówienia w 70% składają się z usług szkoleniowych to z orzecznictwa ETS wynika, że usługa taka ma charakter złożony (mixed supply) faktury wystawiane w związku z jej wykonaniem powinny dotyczyć w całości usług w zakresie edukacji z zastosowaniem odpowiedniego zwolnienia od VAT. Ponadto odwołujący powtórzył swoje argumenty zawarte w proteście. W dalszej części odwołania wskazano, że niesłuszną jest argumentacja zamawiającego zawarta w uzasadnieniu do oddalenia protestu. W szczególności wskazano, że dla wykonawcy wiążąca jest interpretacja właściwego dla jego siedziby organu podatkowego i zastosowanie przez niego innej stawki byłoby naruszeniem ustawy o VAT. Ponadto wskazał, że nie ma znaczenia z jakiego dnia pochodzi interpretacja Naczelnika US na którą się powołuje gdyż dotyczył zasad stosowania określonych przepisów prawa w stosunku do realizacji usług o podobnym charakterze a nie w stosunku do jednego konkretnego zamawiającego. Kolejną argumentacją odwołującego było to, że fakt wydzielenia kilku usług w przedmiotowym postępowaniu nie ma znaczenia gdyż dla celów podatkowych związanych z zastosowaniem określonej stawki podatku VAT decydujące znaczenie ma wydzielenie usługi głównej, którą sam zamawiający określił jako usługi szkoleniowe. Na koniec Odwołując polemizował ze stwierdzeniami wynikającymi z opinii podatkowej załączonej do oddalenia protestu oraz korygował ją a ponadto wskazał bezzasadność argumentu zamawiającego opartego o fakt zastosowania niewłaściwych stawek VAT tylko przez niego a nie przez innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący w dniu 30.11.2007 r. przesłał faksem pismo do Zamawiającego, będące przyszłym odwołaniem. W dniu 3.12.2007 r. dokonał nadania na poczcie odwołania do Prezesa UZP, w tym samym dniu również dokonał nadania na poczcie kopii odwołania do Zamawiającego. Kopia ta dotarła do Zamawiającego w dniu 10. 12.2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W stanie faktycznym niniejszej sprawy należy wyróżnić fakt przesłania faksem w dniu 30.11.2007r. pisma – będącego przyszłym odwołaniem do Zamawiającego. Odwołanie zostało wysłane pocztą do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dopiero w dniu 3.12.2007r. Również w tym dniu – 3.12.2007r. Odwołujący nadał odwołanie na poczcie do Zamawiającego. Do Zamawiającego dotarło ono w dniu 10.12.2007r. Należy stwierdzić, że fakt dotarł do Zamawiającego w dniu 30.11.2007r. nie był jeszcze odwołaniem - pismo to nie zostało jeszcze przekazane

Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, nie został jeszcze uiszczony wpis który został złożony również w dniu 3.12.2007r. – w trakcie trzech dni pomiędzy wysłaniem tego pisma faksem a wysłaniem odwołania na pocztę mogło nastąpić wiele zdarzeń które skutkowały był np. odstąpieniem od wysłania odwołania. Zamawiający odwołanie na piśmie otrzymał w dniu 10.12.2007r. Termin ten zdecydowanie nie spełnia wymagań określonych w art. 184 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Stanowisko występujące w orzecznictwie Sądów Okręgowych potwierdza, że sama informacja o złożeniu odwołania nie wystarcza Zamawiającemu – jak wynika z orzeczenia Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 lipca 2007r. – samo poinformowanie Zamawiającego o wniesieniu odwołania jest niewystarczające dla należytego wykonania obowiązku z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Faks dostarczony do Zamawiającego, nie zawierający żadnego załącznika, będący dopiero przyszłym odwołaniem – spełnia co najwyżej wymagania dla informacji o zamiarze wniesienia odwołania.

Należy również stwierdzić, że okres pomiędzy rozstrzygnięciem protestu a przekazaniem kopii odwołania Zamawiającemu wynosił 10 dni – było to wystarczająco dużo, aby Zamawiający mógł zawrzeć umowę, natomiast faks przesłany mu w dniu 30.11.2007r. (nie mający wówczas charakteru odwołania) spowodował, że umowa ta nie została zawarta. Działanie Odwołującego polegające na wcześniejszym przekazaniu zamawiającemu faksem pisma będącego przyszłym, jeszcze nie wysłanym odwołaniem nie spowodowało zdaniem Izby wypełnienia dyspozycji art. 184 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Tym samym stwierdzić należało, że odwołanie takie należy odrzucić stosownie do dyspozycji art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy ~~wyrok~~/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*