

Sygn. akt: KIO/UZP 971/09

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aspen Sp. z o.o. oraz Aspen Plus Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, ul. Wolska 37, 01-201 Warszawa**, protestu z dnia 26 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aspen Sp. z o.o. oraz Aspen Plus Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

- groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Aspen Sp. z o.o. oraz Aspen Plus Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Aspen Sp. z o.o. oraz Aspen Plus Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, ul. Wolska 37, 01-201 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Aspen Sp. z o.o. oraz Aspen Plus Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Usługi sprzątnięcia Szpitala”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj.: Aspen Sp. z o.o. oraz Aspen Plus Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 76-109782). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, zwany dalej „*Zamawiającym*”.

W postępowaniu tym w dniu 18 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu.

W związku z tą informacją Odwołujący w piśmie z dnia 26 czerwca 2009 r. doręczonym Zamawiającemu w tej samej dacie, złożył protest na czynności i zaniechania Zamawiającego, tj.:

- 1) zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Clar System S.A. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 ustawy Pzp;
- 2) ocenę ofert przez Zamawiającego z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;

- 3) wybór oferty Clar System S.A. i zaniechanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe naruszenia Odwołujący wniósł proteście o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty Clar System S.A. jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez Clar System S.A.
- 4) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

I. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ określił w załączniku nr 7 Specyfikację asortymentowo – cenową, która stanowiła *de facto* formularz cenowy, nie podlegający zmianie. Przedmiotem zamówienia, który obejmowała również wskazana specyfikacja asortymentowo – cenowa stanowiły:

- a) usługi sprzątnięcia wewnątrz Szpitala;
- b) usługi sprzątnięcia na zewnątrz – tereny zielone;
- c) usługi sprzątnięcia na zewnątrz – tereny utwardzone;
- d) usługi pomocnicze przy pacjencie;
- e) usługi transportu wewnętrznego.

Jak podkreślił Odwołujący, Zamawiający określił, w odniesieniu do każdej z pięciu wymienionych w zakresie przedmiotu zamówienia usług we wskazanym formularzu, konieczność wpisania ceny netto oraz brutto, a także wysokości VAT w %. Firma Clar System S.A. w odniesieniu do usług określonych w pozycji 1, tj. usługi sprzątnięcia wewnątrz Szpitala, zastosowała stawkę „22 i zw.”

II. Odwołujący podniósł również, że Zamawiający w postępowaniu tym, w którym jedynym kryterium oceny ofert była cena, dysponując ofertami zawierającymi różne stawki podatku VAT, nie był w stanie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy żadnej z ofert nie odrzucił. W ocenie Odwołującego złożone w postępowaniu oferty były nieporównywalne cenowo. Tak więc w tym przypadku – zdaniem Odwołującego – Zamawiający powinien był podjąć czynności wyjaśniające zasadność zastosowania wskazanych stawek VAT, a następnie odrzucić oferty z błędną stawką tego podatku. Zamawiający jednak nie podjął takich działań.

III. Odwołujący podniósł, że Clar System S.A. zastosował w swojej ofercie we wskazanej poz. 1 stawkę, która nie jest znana polskiemu prawu podatkowemu, co

skutkowało koniecznością odrzucenia tej oferty. Podniósł również, że przyjęcie, iż Clar System S.A. zastosował stawkę podstawową 22% do części usług oraz zwolnienie podatkowe do pozostałej części tej usługi, w ocenie Odwołującego prowadzi do konkluzji, że wykonawca ten dokonał nieuprawnionej modyfikacji formularza cenowego stworzonego przez Zamawiającego co skutkuje koniecznością odrzucenia tej oferty z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ. Clar System S.A. - zdaniem Odwołującego dokonał *de facto* rozdzielenia usługi wskazanej i wymaganej do wyceny i realizacji przez Zamawiającego poprzez wydzielenie usługi sprzątnia (*sensu stricte*) i usługi dezynfekcji. Podkreślił, że nie jest znany klucz, na podstawie którego został dokonany ten podział.

Niezależnie od powyższego Odwołujący w proteście stwierdził, że do usług określonych przez Zamawiającego w SIWZ w spornej poz. 1 należało zastosować jedną stawkę podatku VAT, tj. stawkę 22%. Przywołał przy tym poz. 74.70 PKWiU, pod którą sklasyfikowane są usługi sprzątnia, co prowadzi – w świetle art. 41 ust. 14 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług – do opodatkowania ich stawką podstawową VAT.

Usługi objęte poz. 1, zgodnie z treścią załącznika nr 7 do SIWZ, zostały ukształtowane przez Zamawiającego jako usługa jednolita, usługi sprzątnia stanowią element dominujący opisu przedmiotu zamówienia, co znajduje również swoje uzasadnienie w stanie faktycznym, biorąc pod uwagę pracochłonność i czasochłonność realizowanych usług. Objęte zakresem tej jednolitej usługi, usługi cząstkowe (w tym dezynfekcja) są ze sobą ściśle związane i obiektywnie tworzą jednolite świadczenie do celów podatkowych, co przemawia za koniecznością zastosowania w tym zakresie stawki właściwej dla usługi dominującej.

Odwołujący powołał się również na orzecznictwo ETS, w szczególności wyrok z dnia 27 października 2005 r., sygn. C 41/04 w sprawie Levob Verzekeringen BV, OV Bank NNNV przeciwko Staatssecretaris van Financien, z którego wywodzi, że jeśli w skład usługi kompleksowej (jak sprzątnie wewnątrz szpitala) wchodzi elementy (czynności, czy usługi) objęte różnymi stawkami podatku VAT to dla całości usługi należy stosować stawkę właściwą dla usługi dominującej, a taką usługą jest usługa utrzymania czynności, podlegająca opodatkowaniu według stawki 22% VAT.

Z tych też względów Odwołujący podniósł, że nawet przyjęcie błędnego sklasyfikowania dezynfekcji w poz. 85.14.18 – 00.00 PKWiU („usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane”) nie ma znaczenia z punktu widzenia ustalenia właściwej stawki podatku VAT, bowiem usługi dezynfekcji mają być realizowane jako element kompleksowej, większej usługi, stanowiącej jednolite świadczenie.

Odwołujący podkreślił również, że Clar System S.A. nie przedstawił w ogóle pisma OISK w Łodzi, co mogłoby pozwolić na weryfikację zajętogo stanowiska co do zwolnienia

usług dezynfekcji z VAT. Podkreślił, że w tym zakresie tak Clar System S.A., jak i Zamawiający, opierają się na gołosłownych twierdzeniach.

Odwołujący załączył do protestu wyjaśnienia OISK w Łodzi, z których wynika, że usługi dezynfekcji podlegają stawce podstawowej podatku VAT, ujęte są bowiem w poz. 74.70.11 – 00.00 „usługi dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji”.

Zamawiający w piśmie z dnia 26 czerwca 2009 r. (doręczenie w tej samej dacie) wezwał Clar System S.A. do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu protestacyjnym. Z możliwości tej firma Clar System S.A. skorzystała, składając w dniu 29 czerwca 2009 r. do Zamawiającego przystąpienie i wnosząc w nim o oddalenie protestu.

Zamawiający pismem z dnia 2 lipca 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazał na to, że wezwał do złożenia wyjaśnień firmę Clar System S.A. co do złożonej oferty. Z otrzymanych przez niego wyjaśnień wynika, że wykonawca ten sklasyfikował czynności dezynfekcji w poz. 85.14.18.-00.00 „usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane” i jako takie usługi te zwolnione są z podatku VAT. Zamawiający uznał ofertę tego wykonawcy za prawidłową opierając się w tej mierze – zgodnie z orzecznictwem KIO (wyrok o sygn. akt: KIO/UZP 203/09 i KIO/UZP 219/09) na okoliczności, iż to na wystawcy, a nie odbiorcy faktury ciąży obowiązek ustalenia wysokości stawki VAT.

Zamawiający uznał zatem, że oferta Clar System S.A. nie powinna być odrzucona z powodu stawki VAT, ponieważ ta została zaoferowana prawidłowo. Jednocześnie też nie znalazł podstaw do odrzucenia tej oferty z uwagi na jej rzekomą niezgodność z treścią SIWZ.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 10 lipca 2009 r. (data złożenia w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu.

W treści odwołania Odwołujący zasadniczo podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację z protestu.

Dodatkowo Odwołujący powołał się w odwołaniu na treść załącznika nr 1 do SIWZ, tj. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający zespolił ze sobą czynności sprzątnięcia i dezynfekcji, poprzez określenie powierzchni i wyposażenia, które będzie poddawane sprzątnięciu i dezynfekcji. Powołał się również na wyrok KIO z dnia 26 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 631/09), wydany w podobnym stanie faktycznym, gdzie Izba uznała, że zastosowanie do usług sprzątnięcia i dezynfekcji przez Konsorcjum Impel stawki 22% VAT i zw. jest nieuprawnione i powinna być tutaj zastosowana jednolita stawka

22% VAT. Odwołujący wskazał też na wyjaśnienia OISK w Łodzi z dnia 29 stycznia 2003 r. (OISK-5672/ku-6/12-392/03), z których wynika, że usługi dezynfekcji podlegają stawce podstawowej VAT i sklasyfikowane są w poz. 74.70.11-00.00, tj. „usługi dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji”.

Do postępowania odwoławczego w dniu 21 lipca 2009 r. drogą faksową, a w dniu 27 lipca 2009 r., drogą pisemną firma Clar System S.A. zgłosiła swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego.

W przystąpieniu tym firma Clar System S.A. powołała się na interpretację Głównego Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2008 r., wskazującą na zakwalifikowanie wykonywania pozostałych prac związanych z utrzymywaniem czystości i dezynfekcji powierzchni i wyposażenia w pomieszczeniach objętych usługą w grupowaniu 85.14.18-00.00 PKWiU, czyli: „usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane”. Przywołano również interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu. Z opinii tej wynika, że usług o charakterze pomocniczym, czyli usług transportu wewnątrzszpitalnego, usługi pomocnicze świadczone przy opiece nad pacjentem oraz usługi dezynfekcji, nie należy traktować jako jednej usługi polegającej opodatkowaniu jednolitą stawką podatku VAT z uwagi na ich zróżnicowany charakter oraz zakres świadczonych czynności. Zdaniem Przystępującego pojedyncze świadczenie występuje wówczas, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania co do usługi zasadniczej. Zaś usługę należy uznać za pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie lecz jest środkiem lepszego wykonania usługi zasadniczej. Przystępujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie nie można mówić o jednej, kompleksowej usłudze, na którą składają się wszystkie czynności wykonywane przez zainteresowanych na rzecz zlecającego – szpitala, bowiem mają one odmienny cel i charakter. Tym samym – według Przystępującego – będzie obowiązek zastosowania 22% stawki VAT dla usług sprzątnia, a dla usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałych, gdzie indziej nie sklasyfikowanych (grupowanie PKWiU: 85.14.18-00.00) zwolnienie od podatku VAT.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty firmy Clar System S.A. (Przystępujący) oraz treść protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia do protestu i postępowania odwoławczego, a także wyjaśnień Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2008 r. (pismo znak: OK-5672/KU-1592/2008) oraz interpretacji indywidualnej Ministra Finansów wydanej przed Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 3 kwietnia 2009 r. (pismo znak: ILPP2/443-116/09-2/SJ), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz Przystępującego, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego firmę Clar System S.A., która uzyskała w ten sposób przymiot uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że Odwołujący, który – przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu - zaoferował drugą w kolejności cenę ofertową, ma interes prawny, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w złożeniu tak protestu, jak i odwołania w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, skład orzekający Izby ustalił, że nie znalazły one potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, w związku z czym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były dowody przedstawione w ramach przeprowadzonego w toku rozprawy postępowania dowodowego. Przedmiotem sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego i jego uczestnikiem jest kwestia zastosowania właściwej stawki podatku VAT do usług sprzątnięcia wewnątrz szpitala, w zakres których wchodziły usługi dezynfekcji. Uwzględniając tę okoliczność w pierwszym rzędzie należy wyjaśnić, że Krajowa Izba Odwoławcza nie ma uprawnień co do wydawania wiążących opinii w kwestii zastosowania właściwej stawki podatku VAT do określonego rodzaju usług. Z tej racji jednak, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istnieje konieczność odrzucenia oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, a za taki należy właśnie uznać zastosowanie przez wykonawcę w ofercie błędnej, tj. niezgodnej z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, stawkę VAT, skład orzekający Izby ma

obowiązek zweryfikować prawidłowość dokonanej w tym zakresie oceny ofert przez Zamawiającego. W celu ustalenia, czy kwestionowana w odwołaniu oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, a więc, czy dla usług sprzątnia wewnątrz szpitala ma zastosowanie stawka 22% oraz zwolnienie od podatku VAT w zakresie usług dezynfekcji, co znalazło zastosowanie w ofercie Przystępującego, Izba może oprzeć się na dowodach przedłożonych przez strony postępowania oraz jego uczestnika w toku postępowania odwoławczego.

Stosując przywołaną zasadę postępowania w takich okolicznościach skład orzekający Izby w niniejszej sprawie dał wiarę dowodom przedstawionym przez Zamawiającego oraz Przystępującego do postępowania odwoławczego, tj. firmę Clar System S.A. Przywołane dowody to przede wszystkim wyjaśnienia Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2008 r., (pismo znak: OK-5672/KU-1592/2008) oraz interpretacja indywidualna Ministra Finansów wydana przed Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 3 kwietnia 2009 r., (pismo znak: ILPP2/443-116/09-2/SJ). Zarówno wyjaśnienia Urzędu Statystycznego, jak i interpretacja indywidualna Ministra Finansów zostały wydane na wniosek Przystępującego – Clar System S.A. Z pierwszego z pism wynika, że w grupowaniu PKWiU poz. 85.14.18-00.00, tj. *„usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane”* mieszczą się:

- 1) usługi wspomagające średni personel medyczny w opiece nad pacjentami,
- 2) transport wewnętrzny w ramach szpitala oraz
- 3) wykonywanie pozostałych prac związanych z utrzymaniem czystości i dezynfekcji powierzchni i wyposażenia w pomieszczeniach objętych usługą.

Z interpretacji indywidualnej Ministra Finansów wynika natomiast, że dla usług sprzątnia będzie miała zastosowanie stawka podstawowa podatku VAT, zaś do pozostałych usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego, gdzie indziej niesklasyfikowanych, objętych grupowaniem PKWiU 85.14.18-00.00, będzie miało zastosowanie zwolnienie od podatku. Z opinii tej jednocześnie wynika, że usług sprzątnia i usług dezynfekcji nie można traktować jako kompleksowej usługi, do której będzie miała zastosowanie jednolita – 22% - stawka podatku VAT, co stało u podstaw zarzutów podnoszonych przez Odwołującego. Usługi te świadczone na rzecz szpitala mają bowiem odmienny cel i charakter. Opinia ta została wydana na rzecz Clar System S.A. wbrew pierwotnie – we wniosku o opinię Przystępującego – podnoszonych twierdzeń, że w takiej sytuacji z racji jednolitości świadczenia ma zastosowanie jedna 22% stawka VAT. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu, działający w imieniu Ministra Finansów uznał takie stanowisko tej firmy za nieuprawnione. Stwierdził bowiem, że jednolita stawka VAT będzie miała faktycznie zastosowanie w sytuacji, gdy na rzecz świadczonej kompleksowej usługi przez przedsiębiorcę składają się usługa główna

oraz usługi pomocnicze w stosunku do tej usługi. W przypadku jednak kompleksowej usługi sprzątnia, w skład której wchodzi: usługi sprzątnia *sensu stricte* oraz inne usługi, takie jak dezynfekcja, nie można mówić o pomocniczym charakterze m.in. usług dezynfekcji. Usługi te bowiem stanowią cel sam w sobie dla klienta, mają odmienny cel i charakter od usług sprzątnia (*sensu stricte*), nie są natomiast środkiem do lepszego wykonania usługi zasadniczej, tj. usługi sprzątnia (np. mycie). Tym samym zatem opinia wydana przez organ podatkowy obala twierdzenie Odwołującego o jednolitości usługi sprzątnia wewnątrz szpitala z usługą dezynfekcji wewnątrz szpitala, czyli sytuacji, w której dwa lub więcej niż dwa świadczenia dokonane na rzecz tego samego klienta przez podatnika tworzą obiektywnie, w aspekcie gospodarczym, jedną całość, a ich rozdzielnie miałyby sztuczny charakter. W niniejszym bowiem przypadku nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Usługa sprzątnia *sensu stricte* może być świadczona niezależnie od usług dezynfekcji, zatem usługi dezynfekcji nie są niezbędne do wykonania usług sprzątnia, nie mają w stosunku do nich pomocniczego charakteru. Tym samym w tym przypadku przywołana powyższej zasada, wynikająca również z orzecznictwa ETS (przywoływany przez Odwołującego wyrok ETS w sprawie o sygn.: C-41/04), nie znajdzie zastosowania.

Skład orzekający Izby zatem wydając przedmiotowe rozstrzygnięcie oparł się przede wszystkim na interpretacji indywidualnej Ministra Finansów z dnia 3 kwietnia 2009 r., uznając, że przedstawiony w niej stan faktyczny odpowiada przedmiotowej sprawie. Nie sposób bowiem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że opinia dotyczy wyodrębnienia w ramach świadczonych usług trzech usług, w tym usługi dezynfekcji, podczas gdy w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dokonał podziału przedmiotu zamówienia na 5 pozycji, nie wyszczególniając usług dezynfekcji. Podstawą ustalenia, jaka stawka VAT będzie miała zastosowanie w danym przypadku, istotny jest stan faktyczny konkretnego przypadku. Dla wskazania powyższego ważny jest rzeczywisty opis przedmiotu zamówienia i świadczonej usługi, jej treściowy zakres, a nie techniczny podział, bądź jego brak, w ramach zastosowanego przez Zamawiającego wypunktowania usług wchodzących w zakres zamówienia. Zgodnie z zapisami SIWZ (załącznik nr 1, tj. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi - co do pozycji pierwszej z opisu przedmiotu zamówienia („a) *usługi sprzątnia wewnątrz Szpitala*”) – zarówno usługi sprzątnia (tj. mycie), jak i usługi dezynfekcji (odrębne kolumny, w których wskazano odrębnie dla mycia i odrębnie dla dezynfekcji częstotliwość świadczonych usług), przy czym można też stwierdzić, że częstotliwość ich świadczenia jest porównywalna. Poza tym – jak wynika z treści przywołanej interpretacji indywidualnej – wydana ona została w związku ze świadczeniem przez Clar System S.A. usług polegających na szeroko pojętym utrzymaniu czystości w obiektach

szpitala, gdzie oprócz czynności polegających na sprzątaniu zakres świadczonych przez podatnika usług obejmuje też m.in. usługi dezynfekcji. W niniejszej sprawie właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia.

Skład orzekający Izby przyjął, że opinia Urzędu Statystycznego OISK w Łodzi z dnia 29 stycznia 2003 r. (znak: OISK-5672/KU-6/12-392/03), przedstawiona przez Odwołującego w niniejszej sprawie, nie jest wystarczającym dowodem na potwierdzenie okoliczności, z których Odwołujący wywodzi określone skutki w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego z racji zastosowania przez tego wykonawcę zwolnienia od podatku VAT co do usług dezynfekcji. Z opinii tej Odwołujący wywodzi, że usługi dezynfekcji jako takie są sklasyfikowane w grupowaniu 74.70.11-00.00 PKWiU („*usługi dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji*”), a nie w przywoływanym grupowaniu 85, którego dotyczy zwolnienie z podatku. Przedstawione wyjaśnienia dotyczą wyłącznie klasyfikacji usług dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji, które mieszczą się we wskazanym grupowaniu. Z przedłożonej opinii w żaden sposób nie wynika, jakiego stanu faktycznego dotyczyło zapytanie skierowane do Urzędu Statystycznego w Łodzi w przeciwieństwie do opinii tego samego Urzędu z dnia 29 kwietnia 2009 r., przedłożonej na tę okoliczność przez Przystępującego. Równie dobrze – jak słusznie podniósł w toku rozprawy Zamawiający – zapytanie skierowane do Urzędu Statystycznego mogło dotyczyć tępienia szczurów. Tym samym dowód przedstawiony przez Odwołującego w niniejszej sprawie okazał się niewystarczający do poparcia twierdzeń Odwołującego. Skład orzekający Izby, mając zatem z jednej strony wyłącznie twierdzenia Odwołującego, na którym spoczywa ciężar dowodowy, a drugiej strony interpretację indywidualną uprawnionego organu podatkowego, uznał za słuszne stanowisko Zamawiającego i popierającego go Przystępującego.

Skład orzekający Izby przychylił się do twierdzeń Zamawiającego, że interpretacja indywidualna organu podatkowego jest wiążąca dla wykonawcy, który o nią wystąpił i nie może wywoływać dla niego negatywnych konsekwencji w postaci konieczności odrzucenia oferty.

Odnosząc się natomiast do przywoływanego przez Odwołującego stanowiska KIO, wyrażonego w podobnej sprawie, o konieczności zastosowania jednolitej stawki dla usług sprzątania i dezynfekcji (wyrok KIO z dnia 26 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 631/09), skład orzekający Izby w niniejszej sprawie stwierdza, że po pierwsze przywołane orzeczenie KIO nie dotyczyło identycznego, a jedynie podobnego stanu faktycznego, po drugie skład Izby wydając przywołane rozstrzygnięcie – jak wynika z materiału dowodowego stanowiącego podstawę wydanego orzeczenia - miał zupełnie odmienną sytuację dowodową niż skład orzekający, wydający niniejsze orzeczenie (przede wszystkim brak było tam

indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego Ministra Finansów). Po trzecie natomiast zwrócić należy uwagę, że system prawa polskiego, w tym również prawa zamówień publicznych nie przewiduje wiążącego stosowania precedensowych rozstrzygnięć. Każdy skład Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie stwierdził w niniejszej sprawie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jednocześnie też, odnosząc się do pozostałych wykazywanych w odwołaniu naruszeń stwierdzić należy, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał, z jakimi przepisami ustawy Pzp oferta Przystępującego byłaby sprzeczna. Odwoływanie się w tym zakresie do niezgodności z ustawą o podatku VAT nie jest zasadne, bowiem przywołany przepis odnosi się do niezgodności oferty z ustawą Pzp, a nie z innymi ustawami.

Co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, że Przystępujący nie zmodyfikował w żaden sposób formularza cenowego, wypełnił w nim bowiem właściwą rubrykę, zgodnie z wymogiem SIWZ. Okoliczność braku rozdzielnia przez Zamawiającego usług sprzątania wewnątrz szpitala na faktyczne usługi sprzątania i usługi dezynfekcji, a dokonania w tym zakresie wpisu w ramach jednej rubryki dwóch stawek podatku VAT – 22% i zwolnienia – przez Przystępującego, nie może być traktowana jako jakakolwiek sprzeczność z SIWZ, czy to co do treści, czy też nawet co do formy.

Co do naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w świetle powyższych rozważań, stwierdzić należy, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i tym samym nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Podkreślić należy, że przedmiotem oceny składu orzekającego Izby – zgodnie z zakresem zarzutów zawartych w proteście i odwołaniu – była prawidłowość zastosowanej stawki podatku VAT w spornej pozycji 1 formularza asortymentowo – cenowego oferty Przystępującego, a nie pozostałych ofert złożonych w postępowaniu ofert.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Na podstawie przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b wskazanego rozporządzenia uwzględniono również uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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 Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....